

Acórdão: 16.822/06/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117428-44
Impugnante: Silimedical Comércio e Representação de Silicone Ltda.
Proc. S. Passivo: Carlos Roberto do Carmo Costa Oliveira/Outros
PTA/AI: 01.000151236-67
Inscr. Estadual: 062.269608.00-10
Origem: DF/ BH-4

EMENTA

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – PRÓTESE DE SILICONE - Saídas de prótese de silicone, a diversos títulos, ao abrigo indevido da isenção do imposto, uma vez que a mercadoria comercializada (prótese de silicone não articulada) não se enquadra no item 165, Parte 13, Anexo I, do RICMS/02, principalmente por não fica comprovado nos autos sua utilização para uso na saúde. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro a outubro de 2005, em virtude de:

01) Vendas de mercadorias a consumidor final ao abrigo indevido da isenção, visto que as mesmas não se enquadram na situação prevista no item 165 da Parte 13 do Anexo I do RICMS/02 (NBM/SH 9021.3190 – Prótese Articular).

02) Saídas de mercadorias, a título de retorno de consignação, sem o destaque do ICMS devido nas notas fiscais (por ocasião do recebimento de ditas mercadorias, também em consignação, por se tratar de operações tributadas, houve o aproveitamento de créditos de ICMS no Livro Registro de Entradas).

03) Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a contribuintes de outros Estados, sem o pagamento do ICMS devido na operação.

04) Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a consumidor final, situado dentro do Estado de Minas Gerais, sem o pagamento do ICMS, visto que as mercadorias não retornaram no prazo legal (60 dias).

Ressalte-se que as mercadorias das quais trata o Auto de Infração são próteses de silicone.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 562/569, apresentando, em síntese, os seguintes argumentos:

- o Auto de Infração traz como infringida a legislação, mais precisamente a Lei n.º 6.763/75 e o Decreto n.º 43.080, o que não acontece, eis que os produtos comercializados são isentos de ICMS, nos termos do Convênio n.º 01/99;

- os produtos comercializados são classificados sob o n.º 9021.31.90 – prótese de silicone, conforme manifestação da Secretaria da Receita Federal em resposta à consulta formal apresentada pela fabricante do produto “Silimed – Silicone e Instrumental Médico Cirúrgico e Hospitalar Ltda.”;

- nos termos do Convênio ICMS n.º 01/99 e com a concordância da Secretaria da Receita Federal, que corroborou a classificação adotada, as operações com os produtos classificados sob o n.º 9021.31.90 não podem ser alcançadas pela incidência do ICMS;

- transcreve o item 107 do Anexo I da Parte Geral do RICMS/02;

- não se aproveitou em momento algum crédito de ICMS pelo simples fato das operações estarem amparadas pela isenção do imposto;

- transcreve exposição de José Cretela Júnior (Enciclopédia Jurídica Saraiva, vol. 8, pág. 469), quanto ao “Ato Administrativo Inválido”.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 612/613, refuta as alegações da defesa, aos seguintes fundamentos:

- o Convênio que concede isenção do ICMS para os insumos relacionados no item 165 da Parte 13 do Anexo I do RICMS/02 foi o Convênio de n.º 01/99, publicado no Diário Oficial da União de 08 de março de 1999;

- referido Convênio concede isenção de ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, ou seja, o apelo que tal Convênio invoca é o fim específico para saúde;

- a Autuada comercializa próteses do tipo mamário, peniano, panturrilha e glúteo, as quais não são destinadas à prestação de serviços de saúde e sim serviços estéticos, insumos utilizados em cirurgia plástica para a finalidade estética;

- o código 9021.31.90 (item 122, do Anexo I, RICMS/96, e item 65 da Parte 13 referente ao item 107 da Parte 1, do Anexo I, RICMS/02 – isenção prótese de silicone), é o resultado dos seguintes desdobramentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1- Capítulo 90: Instrumentos e Aparelhos de Óptica, Fotografia e Cinematografia, Medida, Controle ou de Precisão, Instrumentos ou Aparelhos Médico-Cirúrgicos, suas Partes e Acessórios.

2- Posição 9021: Artigos e aparelhos ortopédicos, incluídas as fundas médico-cirúrgicas e as muletas, goteiras e outros artigos e aparelhos para fraturas, artigos e aparelhos de prótese, aparelhos para facilitar a audição de surdos e outros aparelhos para compensar deficiências ou enfermidades, que se destinam a ser transportados a mão ou sobre as pessoas ou a ser implantados no organismo;

3- Subposição 902131: Próteses articulares;

4- Item 90213190: Outras.

- assim, a isenção prevista para o código supracitado é para próteses articulares de silicone (próteses mamária, glúteos, panturrilhas e penianas não possuem articulações). Para tal, reporta-se à Consulta de Contribuintes nº 181/2005 anexada pela Autuada às fls. 606/607 dos autos.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 615 a 623, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O lançamento que nos cabe analisar sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro a outubro de 2005, o qual teria sido ocasionado por:

01) Vendas de mercadorias a consumidor final ao abrigo indevido da isenção, visto que as mesmas não se enquadrariam na situação prevista no item 165 da Parte 13 do Anexo I do RICMS/02 (NBM/SH 9021.3190 – Prótese Articular).

02) Saídas de mercadorias, a título de retorno de consignação, sem o destaque do ICMS devido nas notas fiscais. Narra o Auto de Infração sob exame neste ponto que, por ocasião do recebimento de tais mercadorias, também em consignação, houve o aproveitamento de créditos de ICMS, uma vez que tais operações foram tributadas.

03) Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a contribuintes de outros Estados, sem o pagamento do ICMS devido na operação.

04) Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a consumidor final, situado dentro do Estado, sem o pagamento do ICMS, visto que as mercadorias não retornaram no prazo legal (60 dias).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante destacar aqui, face a peculiaridade da matéria, que as mercadorias das quais trata o Auto de Infração em análise são próteses de silicone.

DA PRELIMINAR

A Impugnante levanta, em sede de preliminar, que o Auto de Infração ora examinado seria nulo, sustentando tal argüição ao fundamento de que não estariam presentes os requisitos formais obrigatórios que confirmam sua validade. Acrescenta também a Defendente que não há descrição clara e precisa da infração cometida.

Entendimento diverso tivemos no entanto da análise do presente lançamento e de sua peça formalizadora.

Diante da análise da legislação acima transcrita verifica-se claramente que o presente lançamento atende aos requisitos de certeza e liquidez do crédito tributário levantados pela Impugnante.

Ademais, cumpre lembrar que a própria CLTA/MG estabelece ainda que, possíveis incorreções ou omissões da peça fiscal, no caso em tela o Auto de Infração, não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

A natureza da infração imputada à Impugnante está precisamente delimitada nos presentes autos, sendo que esta dela se defendeu com os argumentos expostos na fase de relatório e que serão estudados e averiguados na fase de mérito desta decisão.

Assim, a própria peça impugnatória demonstra que não houve qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa que encontra-se resguardado nos presentes autos.

Ademais, que a peça fiscal atende plenamente as exigências constantes dos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, não havendo razão para que sejam acatadas as argüições de nulidade do Auto de Infração apresentadas.

Por todo o exposto entendemos incabíveis as prefaciais argüidas, não devendo, portanto, ser acatada a argüição de nulidade da peça formalizadora do lançamento.

DO MÉRITO

Visando tornar mais clara a decisão e, tendo em vista que a autuação fiscal abordou diversos pontos já enumerados anteriormente, passamos a análise de mérito abordando cada umas das imputações fiscais, consubstanciadas no Auto de Infração.

Assim temos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Item 01 - Vendas de mercadorias a consumidor final ao abrigo indevido da isenção:

Neste ponto a imputação fiscal diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS devido, após recomposição da conta gráfica, no período de janeiro a outubro de 2005, em razão de saídas de prótese de silicone a consumidor final, ao abrigo indevido da isenção do imposto prevista no item 165, da Parte 13, do Anexo I, do RICMS/02.

As notas fiscais, datas de emissão, valores de base de cálculo e de ICMS devido encontram-se demonstrados conforme planilhas de fls. 11/29 (Anexo I), sendo que as Notas Fiscais encontram-se anexadas aos autos às fls. 46/101.

A principal discussão que permeia este ponto está afeta a definição da adequação das próteses de silicone, mercadoria objeto da autuação, incluída no Código NBM SH 9021.31.90, no item que concede isenção do ICMS.

Cabe aqui rememorarmos o princípio norteador da norma que concedeu o benefício fiscal o qual ora se discute. Assim temos que a alegada isenção, como dizem as partes, foi autorizada pelo Convênio ICMS n° 01/99 que concedeu tal benefício às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde. Referido Convênio foi ratificado por Minas Gerais, e teve suas normas implementadas em nosso Estado conforme relação das mercadorias e respectivas NBM/SH a que se refere à Parte 13 do Anexo I do RICMS/02.

Importante portanto analisarmos, à luz do que dispõem as regras constantes do Código Tributário Nacional, ou seja, restritivamente, os dispositivos regulamentares pertinentes à autuação e, para tanto, passamos a transcrever as partes que ora nos interessam do Anexo I do RICMS/02, *in verbis*:

107	Entrada, decorrente de importação do exterior, ou saída, em operação interna ou interestadual, de equipamentos ou insumos relacionados na Parte 13 deste Anexo, destinados à prestação de serviços de saúde.
-----	---

165	Prótese de silicone	9021.31.90
-----	---------------------	------------

Como uma das discussões postas se refere a classificação na NBM/SH das mercadorias acreditamos importante também nos reportar a manifestação da Secretaria da Receita Federal anexada pela Impugnante, órgão este responsável pela classificação fiscal no país.

No entanto, também consta dos autos o entendimento sobre a matéria, da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme Consulta de Contribuintes n° 181/2005, publicada no “Minas Gerais” de 12 de agosto de 2005, que tem o seguinte teor:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSULTA:

1 – “ESTÁ CORRETO DESTACAR O ICMS NAS OPERAÇÕES COM PRÓTESE MAMÁRIA DE SILICONE, TENDO EM VISTA QUE O ANEXO I, ITEM 107, PARTE 1 DO RICMS/02 C/C A PARTE 13 DO MESMO ANEXO, DETERMINA QUE ISENTAS SÃO AS PRÓTESES DE SILICONE?”

RESPOSTA:

1- “SIM, UMA VEZ QUE NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL DE ISENÇÃO PARA AS PRÓTESES MAMÁRIAS DE SILICONE. O CÓDIGO NBM/SH 9021.31.90 SE REFERE OUTROS PRODUTOS DENTRO DA SUBPOSIÇÃO NBM/SH 9021.31 QUE TRATA DE PRÓTESES ARTICULARES. PORTANTO, A PRÓTESE DE SILICONE, CÓDIGO NBM/SH 9021.31.90 PREVISTA NO ITEM 165 DA PARTE 13 DO ANEXO I DO RICMS/02 REFERE-SE À **PRÓTESE ARTICULAR**. A PRÓTESE MAMÁRIA DE SILICONE PERTENCE AO CÓDIGO NBM/SH 9021.39.80, OUTROS, QUE, POR SUA VEZ, FAZ PARTE DA SUBPOSIÇÃO NBM/SH 9021.39 QUE ENGLOBA OS DEMAIS PRODUTOS NÃO RELACIONADOS NA POSIÇÃO 9021, DE FORMA GENÉRICA”

A par destas discussões temos que o dispositivo regulamentar que estabelece a isenção acima transcrito deixa claro que o benefício é direcionado aos equipamentos ou insumos relacionados na Parte 13 do Anexo I, que sejam **destinados à prestação de serviços de saúde**.

É de conhecimento público que uma das finalidades das próteses de silicone não está afeta à serviços de saúde e sim, mais propriamente, à estética. As Notas Fiscais encontram-se sim nos autos, mas de sua simples análise não é possível verificar que as próteses seriam direcionadas a serviços de saúde e não estéticos.

Como os benefícios fiscais devem ser interpretados restritivamente e não há nos autos provas de que as mercadorias objeto de autuação foram direcionadas a serviços de saúde, ainda que as mesmas estejam classificadas no Código listado no Regulamento do ICMS, não é possível reconhecer-se o direito a isenção, devendo portanto ser mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Vale destacar ainda o Acórdão nº 16.877/05/3ª deste CC/MG pertinente à matéria.

Item 02 - Saídas de mercadorias, a título de retorno de consignação, sem o destaque do ICMS devido nas notas fiscais.

Neste tópico a imputação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS devido, após recomposição da conta gráfica, no período de janeiro a outubro de 2005,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em razão de saídas de prótese de silicone, a título de retorno de consignação, sem o destaque do ICMS devido nas operações.

As notas fiscais, datas de emissão, valores de base de cálculo e de ICMS devido encontram-se demonstrados conforme planilhas de fls. 30/32 (Anexo II), sendo que as Notas Fiscais encontram-se anexadas aos autos às fls. 102/147.

Importante ressaltar que a Defendente não se manifestou especificamente a respeito de tal item.

No tocante à questão da isenção, reportamo-nos aos argumentos já expendidos na análise do item 1.

Neste item o cerne da questão consiste na apreciação da que as operações de “retorno de consignação” seriam ou não normalmente tributadas pelo ICMS.

As normas pertinentes à matéria estão claras no Capítulo XXVII do Anexo IX do RICMS/02, que trata “Das Operações Saídas de Mercadorias em Consignação Mercantil”. Eis o disposto nos artigos 254 e 255 do Anexo IX do RICMS/02:

“Art. 254 - Na saída de mercadoria a título de consignação mercantil, o consignante emitirá nota fiscal contendo, além dos requisitos exigidos, o seguinte:

I - natureza da operação: "Remessa em consignação";

II - destaque do ICMS e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando devidos.

§ 1º - O consignatário lançará a nota fiscal no livro Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido.

§ 2º - Havendo reajuste do preço contratado por ocasião da remessa em consignação mercantil, será observado o seguinte:

I - o consignante emitirá nota fiscal complementar contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:

a - natureza da operação: "Reajuste de preço da mercadoria em consignação";

b - base de cálculo: o valor do reajuste;

c - destaque do ICMS e do IPI, quando devidos;

d - a expressão: "Reajuste de preço de mercadoria em consignação - NF nº..., de... /.../...";

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - o consignatário lançará a nota fiscal no livro de Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido.

§ 3º - Na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil, será observado o seguinte:

I - o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:

a - natureza da operação: "Devolução de mercadoria recebida em consignação";

b - base de cálculo: o valor da mercadoria efetivamente devolvida, sobre o qual foi pago o imposto;

c - destaque do ICMS e indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação;

d - a expressão: "Devolução (parcial ou total, conforme o caso) de mercadoria em consignação - NF nº..., de .../.../...";

II - o consignante lançará a nota fiscal no livro Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido.

§ 4º - O disposto neste artigo não se aplica à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Art. 255 - Na venda da mercadoria recebida a título de consignação, na forma do artigo anterior, o consignatário deverá:

I - emitir nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, como natureza da operação, a seguinte expressão: "Venda de mercadoria recebida em consignação";

II - registrar a nota fiscal de que trata o parágrafo único deste artigo no livro Registro de Entradas, apenas nas colunas "Documento Fiscal" e "Observações", indicando nesta a seguinte expressão: "Compra em consignação - NF nº..., de .../.../...".

Parágrafo único - O consignante emitirá nota fiscal, sem destaque do ICMS e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:

I - natureza da operação: "Venda";

II - valor da operação: o valor correspondente ao preço da mercadoria efetivamente vendida, neste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incluído, quando for o caso, o valor relativo ao reajuste do preço;

III - a expressão: "Simples faturamento de mercadoria em consignação - NF n°..., de .../.../...", e, se for o caso, "Reajuste de preço - NF n°..., de .../.../..." (grifos nossos).

Da análise destas normas retro transcritas verifica-se que o procedimento do Fisco em exigir o ICMS e a respectiva Multa de Revalidação está nelas embasado, tendo em vista a inobservância, por parte da Impugnante, na condição de consignatária, quando do retorno da consignação, dos procedimentos constantes no artigo 254, § 3º, inciso I, do Anexo IX, do RICMS/2002.

Existe ainda no presente Processo Tributário Administrativo a discussão sobre ter ou não a Impugnante se creditado do ICMS destacado na nota fiscal da remessa da mercadoria para consignação. Entendemos entretanto não ser relevante esta questão face às disposições contidas no artigo 254, inciso II, § 1º, do Anexo IX, do RICMS/02. No caso porventura de não creditamento dos valores, a Impugnante deverá observar o disposto no artigo 67, § 2º, do RICMS/02 (crédito extemporâneo).

Reputamos portanto corretas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação neste item.

Item 03 - Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a contribuintes de outros Estados, sem o pagamento do ICMS devido na operação

No que tange a este item a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido, após recomposição da conta gráfica, no período de janeiro a outubro de 2005, se dá em razão de saídas de prótese de silicone, a título de demonstração, com destino a contribuintes de outros Estados da Federação, sem o pagamento do ICMS devido na operação.

As notas fiscais, datas de emissão, valores de base de cálculo e de ICMS devido encontram-se demonstrados conforme planilhas de fls. 33 (Anexo III), sendo que as Notas Fiscais encontram-se anexadas aos autos às fls. 148/175.

Importante ressaltar que a Defendente não se manifestou especificamente a respeito de tal item.

No tocante à questão da isenção, reportamo-nos aos argumentos já expendidos na análise do item 1.

No presente caso, ocorre o fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 2º, inciso VI, do RICMS/02. No caso de demonstração para fora Estado não ocorre a suspensão do ICMS, nos termos do item 7, Anexo III, a que se refere o artigo 19, do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, diante das normas regulamentares constantes do Regulamento do ICMS Mineiro, estão corretas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação.

Item 04 - Saídas de mercadorias, a título de demonstração, com destino a consumidor final, situado dentro do Estado, sem o pagamento do ICMS, visto que as mercadorias não retornaram no prazo legal.

Aqui a imputação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS devido, após recomposição da conta gráfica, no período de janeiro a outubro de 2005, em razão de saídas de prótese de silicone, a título de demonstração, com destino a consumidor final, situado dentro do Estado de Minas Gerais, sem o pagamento do ICMS, visto que as mercadorias não retornaram no prazo legal (60 dias).

As notas fiscais, datas de emissão, valores de base de cálculo e de ICMS devido encontram-se demonstrados conforme planilhas de fls. 34/41 (Anexo IV), sendo que as Notas fiscais encontram-se anexadas aos autos às fls. 176/397.

Importante ressaltar que a Defendente não se manifestou especificamente a respeito de tal item.

No tocante à questão da isenção, reportamo-nos aos argumentos já expendidos na análise do item 1.

No presente caso, ocorre o fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 2º, inciso VI, RICMS/02. No caso de demonstração para dentro do Estado ocorre a suspensão do ICMS, condicionada ao retorno da mercadoria no prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos do item 7, Notas 1 e 2, Anexo III, a que se refere o artigo 19, do RICMS/02.

Assim, diante das normas regulamentares constantes do Regulamento do ICMS Mineiro, estão corretas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 18/04/06.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**