

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.511/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214613-05
Impugnação: 40.010125237-98
Impugnante: Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda.
IE: 062996580.01-02
Proc. S. Passivo: Júlia Leite Alencar de Oliveira/Outro(s)
Origem: PF/José Tarcísio G Carvalho - Poços de Caldas

EMENTA

ICMS – RECOLHIMENTO – DANFE/NOTA FISCAL ELETRÔNICA CANCELADA. Constatada a falta de recolhimento do ICMS em face do transporte de mercadorias acompanhado de DANFE, cuja NF-e a ele referente encontrava-se cancelada. Procedimento fiscal respaldado no inciso I do § 2º do art. 11-C, c/c art. 11-F, todos do Anexo V do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capituladas nos art. 56, inciso II, § 2º, item III e art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, respectivamente. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação refere-se à constatação, em 16/06/09, mediante ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias, de que a Autuada deixou de recolher ICMS relativo à operação com mercadorias relacionadas no sub-item 15.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desacobertadas de documentação fiscal, pois, quando do registro da passagem do DANFE nº 000.014.195, emitido em 12/06/09, verificou-se que a Nota Fiscal Eletrônica, com chave de acesso 31090667729178000491550010000141956010900107, foi cancelada pelo próprio emitente, em 15/06/09, portanto, antes da saída efetiva da mercadoria, conforme consulta realizada no *site* da Secretaria de Fazenda (SEFAZ origem – MG) e no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas nos art. 56, inciso II, § 2º, item III e art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

O Fisco instruiu o processo com os seguintes documentos:

- Auto de Infração – AI (fls. 02/03);
- Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04);
- Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE (fls. 05 e 09);
- Nota Fiscal Eletrônica – NF-e (fls. 06, 10);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Consulta Resumida NF-e (fls. 07, 11);
- Cálculo ICMS-ST Anexo XV (fls. 08, 12/13);
- Comunicado Referente Apresentação da Impugnação e Taxa de Expediente (fls. 14);
- Aviso de Recebimento – AR (fls. 15).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.16/28, e alega, resumidamente, o abaixo.

Inicialmente, pede a não aplicação dos comandos normativos referentes ao regime de substituição tributária ao presente caso, porquanto não se coadunariam com os fatos apresentados, uma vez que, no caso de medicamentos, estes somente se sujeitam à substituição tributária em operações efetuadas dentro do Estado.

Acrescenta que a mercadoria estava sendo transportada para empresa estabelecida no Estado do Mato Grosso, como pode ser visto do DANFE e da NF-e

Contesta o arbitramento do valor da operação baseado no art. 53, inciso III, do RICMS/02, que se aplica quando não há emissão de documentação fiscal, o que, afirma, não é o caso dos autos, já que após a regular emissão do documento fiscal, houve o seu posterior cancelamento.

Diz que é perfeita a harmonia entre a mercadoria descrita nos documentos fiscais emitidos e a mercadoria transportada e entende, que por refletirem os preços reais praticados na operação, esses documentos deveriam servir de parâmetro para se determinar a base de cálculo do ICMS.

Requer seja retificado o valor arbitrado para a operação, bem como seus reflexos nos valores cobrados, para considerar o valor real decorrente da saída da mercadoria e não aquele fixado por meio de Tabela de Preço Máximo de Venda a Consumidor, divulgado pela ABCFARMA, que foi utilizado pela Fiscalização.

Argui a improcedência da multa aplicada, a qual deve ser prontamente reduzida, por deter viés confiscatório e porque o valor a ser considerado para o seu cálculo teria de ser o do suposto dano causado, ou seja, o do suposto imposto não pago.

Defende que a interpretação literal do inciso IV do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN) não pode prosperar, devendo prevalecer a interpretação teleológica do texto normativo.

Transcreve doutrina e menciona decisões do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tratam da mesma matéria.

Pede, ao final, o cancelamento do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 45/50, onde alega, em suma, que:

- a Impugnante não nega a ocorrência da irregularidade descrita no AI;

- não há nos autos comprovação inequívoca de que as mercadorias foram entregues para empresa estabelecida no Estado do Mato Grosso; o canhoto do documento (fls. 40) não está assinado o recebimento da mercadoria e, também, a Impugnante não trouxe aos autos o comprovante de entrega efetuada pela transportadora;

- não merece prosperar a argumentação da Autuada de que a documentação fiscal foi emitida e de que o DANFE continha todas as informações que deveriam servir de parâmetro para se determinar a base de cálculo do Imposto, porque o DANFE correspondente à Nota Fiscal Eletrônica emitida em 12/06/09, cancelada em 15/06/09, cuja saída da mercadoria do estabelecimento se efetivou em 16/06/09, não produz o efeito de acobertamento fiscal da mercadoria;

- a Tabela de Preço Máximo de Venda a Consumidor. Divulgada pela ACBFARMA é parâmetro legítimo, autorizado pela legislação para a determinação da base de cálculo, no caso;

- a Impugnante não comprovou que o preço da mercadoria era aquele constante da nota fiscal cancelada.

Pede pela procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

Esta 1ª Câmara do CC/MG, em sessão realizada no dia 27/11/09 decidiu converter o julgamento em diligência, para que a Fiscalização demonstrasse as providências tomadas em relação à mercadoria transportada sem nota fiscal, anexando cópia do Termo de Apreensão e Depósito – TAD, a fim de comprovar a apreensão da mercadoria e, se foi liberada, a cópia da nota fiscal avulsa, uma vez que o Sujeito Passivo alega que a mercadoria se destinava a outra Unidade da Federação.

A Fiscalização comparece às fls. 55/57 para esclarecer que a irregularidade no transporte da mercadoria desacobertada de documentação fiscal foi apurada quando do registro da passagem do DANFE no sistema, ou seja, após a passagem do veículo transportador no posto fiscal é que foi constatada a inexistência da NF-e no *site* da SEFAZ, conforme doc. de fls. 10.

Destaca que a prática da Autuada em utilizar NF-e cancelada e/ou efetuar o cancelamento da NF-e após a passagem no posto fiscal já foi objeto de formação de Avulso de Conferência encaminhado ao órgão competente, para as devidas providências.

Reafirma a inexistência de provas de que a mercadoria se destinava a outra Unidade da Federação.

Reitera o seu pedido para que seja julgado procedente o lançamento.

Aberta vistas dos autos à Impugnante, nos termos do parágrafo único do art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/08, novas razões de defesa são carreadas aos autos (fls. 63/64) e juntados os documentos de fls. 65/74.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na oportunidade, a Impugnante reitera que jamais teve intenção de lesar os cofres públicos; que sempre procedeu com prudência e zelo e que, por possuir suas obrigações fiscais em dia, é credenciada a participar de inúmeras licitações em várias regiões do país.

Afirma que apesar do equívoco praticado ao cancelar erroneamente a NF-e que deveria acompanhar a mercadoria transportada, houve sua posterior emissão (fls. 65/66).

Cita que a NF-e cancelada e a NF-e substituta são idênticas, sendo que os valores dos tributos referentes às mercadorias ali discriminadas foram devidamente contabilizados e pagos.

Anexa os docs. de fls. 08 para comprovar a existência de efetiva relação entre as partes envolvidas na operação realizada.

Reitera seus argumentos pertinentes às multas exigidas e pede pela improcedência do lançamento ou, subsidiariamente, pela exclusão dos valores exigidos a título de ICMS, uma vez que já pagos, e a conseqüente redução das multas aplicadas, para ajustá-las a patamares condizentes com a ausência de prejuízo do Fisco com os valores envolvidos na operação, expostos nos documentos de fls. 65/66.

Pede a improcedência do lançamento ou, subsidiariamente, a exclusão dos valores devidos a título de ICMS já pagos e a redução das multas aplicadas.

Diante disto, a Fiscalização manifesta-se novamente às fls. 76/77, onde contesta o valor probante dos documentos juntados pela Impugnante às fls. 65/66 e 72/73, concluindo não restar comprovado nos autos, de modo inequívoco que as mercadorias objeto do Auto de Infração destinaram-se a órgão público de outra Unidade da Federação.

Reitera seu pedido anterior, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme já relatado, o presente lançamento é decorrente da constatação, mediante ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias, de falta de recolhimento de ICMS, decorrente do transporte de mercadorias (medicamentos) acompanhado do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 000.014.195, emitido em 12/06/09, quando a Nota Fiscal Eletrônica, com chave de acesso 31090667729178000491550010000141956010900107, foi cancelada pelo próprio emitente, em 15/06/2009, portanto, antes da saída efetiva da mercadoria, conforme consulta realizada no *site* da Secretaria de Fazenda (SEFAZ origem – MG) e no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

O DANFE e a Consulta da Nota Fiscal Eletrônica em referência encontram-se acostados às fls. 09/11 dos autos.

De acordo com os esclarecimentos prestados pela Fiscalização, às fls. 55/56, o trânsito da mercadoria se fez acompanhado do DANFE, em duas vias, ficando, uma delas, retida no posto fiscal (fls. 05).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este documento contém impressa a chave de acesso para consulta da Nota Fiscal Eletrônica, a qual permite confirmar a sua efetiva existência, mediante consulta realizada no Ambiente Nacional (RFB) ou *site* da SEFAZ na *internet*.

Deste modo, a irregularidade no transporte da mercadoria foi apurada, ao se efetuar o registro do DANFE no sistema, ou seja, após a passagem do veículo transportador no posto fiscal, quando se constatou o cancelamento da NF-e a ele relativa, consoante doc. fls. 10.

Convém esclarecer que a nota fiscal eletrônica é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias, ocorrida entre as partes, sendo que a sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente e pela recepção, pelo Fisco, do documento eletrônico.

Nos termos do disposto no art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, a NF-e somente poderá ser cancelada, caso não tenha havido a circulação da mercadoria.

No presente caso, o DANFE e a NF-e foram emitidos em 12/06/09, e a NF-E cancelada em 15/06/09. Todavia, a saída da mercadoria somente ocorreu em 16/06/09 (docs. fls. 05/06).

A Impugnante traz, às fls. 65/66, cópia de DANFE e as informações de nota fiscal eletrônica, dizendo serem os documentos que substituíram a NF-e, objeto da lide.

Todavia, conforme destaca a Fiscalização, tais documentos não se prestam à finalidade pretendida, pelos seguintes motivos:

a) na impugnação inicial, fls. 16/28, em nenhum momento foi citada a substituição da NF-e cancelada pelo DANFE nº 000.021892 (doc. fls. 65), emitido em 27/07/09;

b) o DANFE nº 000.021892 (fls. 65) é datado de 27/07/09, portanto, foi emitido em data posterior à lavratura do Auto de Infração, em 17/06/09, (fls. 02/03), do qual a Autuada foi intimada em 26/06/09 (fls. 16), não surtindo efeitos em relação ao lançamento em exame;

c) também, não há notícia nos autos do motivo da emissão do DANFE de fls. 65, tampouco o imposto devido foi recolhido em documento de arrecadação distinto, com as especificações necessárias à regularização da situação, se o mesmo se prestasse à substituição.

Evidencia-se, pois, que os documentos trazidos aos autos não produzem o efeito de acobertamento fiscal da mercadoria a que se refere o Auto de infração em comento, evidenciando-se caracterizada a infração arguida pela Fiscalização.

Por outro lado, a Impugnante diz não sujeitar-se a operação realizada aos comandos legais e regulamentares nos quais se embasou a Fiscalização, argumentando que, por se tratar de medicamentos, estes somente se sujeitam à substituição tributária nas operações internas. E, no caso, as mercadorias destinavam-se à empresa situada no Estado do Mato Grosso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para comprovar a existência de efetiva relação entre as partes envolvidas na operação, promove a juntada aos autos dos documentos de fls. 72/73.

Contudo, como bem destaca a Fiscalização, tratam-se, tais documentos, de cópia da nota de empenho e ordem de licitação do governo do Estado do Mato Grosso, que foram transmitidos por meio de FAX, da Prefeitura Municipal de Várzea Grande/MT, e encontra-se ilegível.

Apesar disto, é possível extrair do documento de fls. 72, “Nota de Empenho”, que o valor total do empenho é de R\$ 175.043,00 (cento e setenta e cinco mil e quarenta e três reais), sendo que o valor do DANFE é de R\$ 10.470,00 (dez mil, quatrocentos e setenta reais).

Assim, ainda que se alegasse que a mercadoria fora entregue em lotes, este documento, não seria suficiente para elidir o feito, porque não comprova que o trânsito dos medicamentos se deu devidamente acobertado por documento fiscal, em face das demais provas dos autos.

Estando a mercadoria em situação irregular, o inciso I do § 6º do art. 61 da Parte Geral do RICMS/02, determina que para os efeitos de cobrança do imposto, considera-se mineira a mercadoria encontrada sem documento fiscal.

Portanto, verifica-se que os medicamentos transportados, classificados na posição NBM/SH 30.04.90, estão alcançados pela substituição tributária interna e a Autuada é a Contribuinte Substituta em relação às operações subsequentes com as mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS.

A Impugnante discorda, também, do critério utilizado pela Fiscalização para arbitramento do valor da operação.

Entretanto, constata-se que à Fiscalização utilizou-se da tabela de Preço Máximo de Venda a Consumidor divulgada pela ABCFARMA, uma vez que a Autuada não comprovou nos autos o valor real da operação.

Neste sentido, o procedimento fiscal encontra-se amparado na norma ínsita no art. 53, inciso III e art. 54, inciso V, ambos da Parte Geral do RICMS/02 e, ainda, no art. 59, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do mesmo regulamento.

No que se refere às exigências referentes às multas de revalidação e isolada aplicadas, deve ser ressaltado que as mesmas foram aplicadas em observância do disposto no art. 56, inciso II, § 2º, item III e art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Ressalte-se, no que tange a alegação de efeito confiscatório na aplicação da penalidade, que é defeso a este órgão julgador a apreciação da matéria, em face do disposto no art. 110 do RPTA.

Deste modo, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento consubstanciado no AI em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 09 de fevereiro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora

CC/IMG