

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.743/11/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 02.000215509-95
Recurso de Revisão: 40.060129853-46
Recorrente: União Química Farmacêutica Nacional S/A
CNPJ: 60.665981/0006-22
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Thaís Barros Mesquita/Outro(s)
Origem: P.F/Capetinga - Passos

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO – NÃO CONHECIMENTO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do RPTA/MG, portanto não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o recurso. Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias (medicamentos) provenientes de outra Unidade da Federação (Distrito Federal), relacionadas no Auto de Apreensão e Depósito de fl. 10, desacobertadas de documentação fiscal.

Consta do próprio Auto de Infração que, no ato da abordagem, foram apresentados os DANFES n.ºs 16156, 16161, 16209, 16210, 16211, 16213, 16218, 16238, 16246 e 16247, nos quais figurava como emitente a empresa União Química Farmacêutica Nacional S.A., IE n.º 525775526.02-94, CNPJ n.º 60.665981/0005-41, estabelecida na Estrada Velha do Aeroporto, n.º 105, em Pouso Alegre – Minas Gerais, com destino a BH Log Distribuidora de Medicamentos Farmacêuticos Ltda, estabelecida em Belo Horizonte – Minas Gerais. Esses documentos foram desconsiderados por não corresponderem à real operação.

Após o início da ação fiscal, foram apresentados os DANFES n.ºs 91789, 91803, 91797, 91788, 91790, 91754, 91831, 91792, 91823 e 91832, também desconsiderados pelo mesmo motivo.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (capitulada no art. 56, inciso II e § 2º da Lei n.º 6.763/75) e Multa Isolada (prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75). A multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) devido à constatação de reincidência, prevista no art. 53, § 7º da mesma Lei n.º 6.763/75.

Da Decisão Recorrida

Apreciando o lançamento a 3ª Câmara de Julgamentos, à unanimidade de votos, rejeitou a arguição de nulidade e, no mérito, também à unanimidade, julgou-o procedente.

Esta decisão está consubstanciada no Acórdão nº 20.047/11/3ª (fls. 295/303).

Do Recurso de Revisão

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, através de procuradora regularmente constituída, o Recurso de Revisão de fls. 306/324, arguindo, em síntese:

- cita e transcreve os Acórdãos 20.053/10/1ª e 3.220/07/CE;
- é pessoa jurídica de direito privado e tem como atividade principal o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, estando sujeita ao recolhimento de tributos administrados pela Secretaria da Fazenda do Distrito Federal, principalmente, ao ICMS;
- o que de fato ocorreu foi falta de emissão de nota fiscal de remessa por conta e ordem (obrigação acessória) contra a empresa BH Log Distribuidora, que não possuiria o ICMS destacado e por consequência a ausência de imposto a recolher;
- a venda da mercadoria foi realizada e devidamente escriturada pela União Química Farmacêutica Nacional S/A localizada em Pouso Alegre que determinou sua entrega, por sua conta e ordem, diretamente BH Log Distribuidora;
- o imposto foi devidamente apurado e recolhido tanto na etapa de Brasília (transferência) quanto na etapa em que a unidade de Pouso Alegre vendeu a mercadoria a BH Log Distribuidora;
- os artigos mencionados no v. acórdão não são os mesmos indicados pelo Sr. Agente Fiscal no Auto de Infração afrontando o Código Tributário Nacional que estabelece ser o lançamento um procedimento administrativo;
- no caso do Auto de Infração, para que seja válido, deve conter: a qualificação do autuado; o local, a data e hora da lavratura; a fiel descrição do fato infringente; a capitulação legal e a penalidade aplicável; e a assinatura do agente autuante bem como seu cargo e, no presente caso, a desclassificação das notas fiscais e da operação mostra-se como penalidade, assim como a aplicação de multas;
- configurando-se uma penalidade, há a necessidade de capitulação no Auto de Infração, o que não ocorreu;
- nas penalidades constantes do Auto de Infração não há qualquer menção à desconsideração das notas fiscais e operação, fato este que, acarreta sua nulidade;
- a desconsideração das notas fiscais por supostamente não corresponderem a real operação e é uma dedução do Sr. Agente Fiscal pois as mercadorias seriam entregues diretamente a BH Log, localizada em Belo Horizonte, por ordem da União Química Farmacêutica Nacional de Pouso Alegre;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a situação alegada pelo Sr. Agente Fiscal, além de inverídica, não enseja a desconsideração das notas fiscais e operação, pois as mercadorias transportadas encontravam-se devidamente acobertadas por documentos fiscais legalmente emitidos, com o destaque o ICMS devido na operação;

- cita os arts. 4º e 134 do RICMS/02 e art. 39, § 4º, inciso III da Lei n.º 6.763/75, afirmando que inexistem nas notas fiscais apresentadas emendas ou rasuras, bem como não foram preenchidas de forma a prejudicar a clareza e, sendo assim, não há que se falar em sua inidoneidade com vistas a desconsiderá-las;

- as mercadorias de fato seriam diretamente entregues a empresa localizada em Belo Horizonte por ordem da União Química Farmacêutica Nacional S/A de Pouso Alegre e possuíam notas fiscais legalmente emitidas, fato este que impossibilita que o Sr. Agente Fiscal presuma que as notas fiscais apresentadas não correspondiam à operação efetivamente realizada;

- o argumento utilizado no acórdão, relativo à numeração do lacre ser o mesmo em ambas notas fiscais, é facilmente refutável pela natureza da operação realizada (venda a ordem), sendo claro que a numeração a ser utilizada seria a mesma, pois não haveria uma troca de lacre, uma vez que a mercadoria não passaria por Pouso Alegre;

- caso se constatasse a inidoneidade, a penalidade a ser aplicada deveria ser a do art. 55, inciso X da Lei n.º 6.763/75 e não aquelas constantes no Auto de Infração;

- cita o art. 155 da Constituição Federal e a Lei Complementar n.º 87/96 para sustentar a incompetência da Fazenda do Estado de Minas Gerais para a cobrança da exação, uma vez que o fato gerador da obrigação tributária da transferência de mercadoria ocorreu em Brasília, sendo este o sujeito ativo competente para a cobrança;

- mesmo na hipótese absurda de ser admitida sua competência, a alíquota a ser aplicada seria a interestadual e não a interna, tendo em vista a natureza da operação realizada;

- da análise do Auto de Infração, presume-se que o Sr. Agente Fiscal entendeu que a operação efetivamente realizada deu-se entre a Recorrente e a empresa localizada em Belo Horizonte visto que desconsiderou a transferência jurídica de mercadoria para a empresa localizada em Pouso Alegre, bem como a venda de mercadoria realizada por esta a empresa localizada em Belo Horizonte;

- cita os arts. 16, 96 e 148 da Lei n.º 6.763/75, tidos como infringidos para sustentar que todos estão ligados à obrigação principal, mas não há que se falar em falta de recolhimento do tributo, pois verificando as notas fiscais que acobertavam as mercadorias transportadas nota-se que estas trazem o destaque do ICMS de cada operação, foram lançadas no livro de saída, incluídas na apuração do ICMS e tiveram seu recolhimento efetuado e por consequência a extinção do crédito tributário;

- inclusive o ICMS devido na operação interna entre a empresa localizada em Pouso Alegre com a empresa de Belo Horizonte foi devidamente escriturada em livro de saída, com a devida apuração do imposto, e por fim, o recolhimento efetuado;

- cita o Acórdão 15.842/02/1ª;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no presente caso, transferiu juridicamente a mercadoria para a empresa de Pouso Alegre, que por sua vez vendeu à empresa de Belo Horizonte e solicitou que a entrega à esta, cabendo a empresa de Pouso Alegre fornecer a nota fiscal de venda ou seus dados para que pudesse emitir a nota fiscal de remessa por conta e ordem, que no caso não fora emitida, caracterizando tal situação o não cumprimento de obrigação acessória;

- por se tratar apenas de afronta a obrigação acessória e não a obrigação principal, recolhimento do imposto, deveria ser aplicada apenas multa isolada em conformidade com o art. 55, II, § 3º da Lei nº 6.763/75.

Ao final, requer:

a) seja julgado nulo o Auto de Infração por falta de requisito de validade, qual seja a falta de capitulação legal da penalidade aplicada e, pela incompetência da Fazenda do Estado de Minas Gerais exigir tributo devido a outro Ente Federativo;

b) ou caso assim não entenda, seja o presente Recurso acolhido para julgar improcedente o lançamento efetuado;

c) ou ainda, caso entenda que o Auto de Infração não é totalmente improcedente, seja efetuada a correção do lançamento para ajustá-lo tão somente para a imposição da multa isolada, em decorrência não cumprimento de obrigação acessória.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 329/334, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, se até o mérito chegar, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar, em sede de recurso, o lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias (medicamentos) provenientes de outra Unidade da Federação (Distrito Federal), relacionadas no Auto de Apreensão e Depósito de fl. 10, desacobertas de documentação fiscal.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (capitulada no art. 56, inciso II e § 2º da Lei nº 6.763/75) e Multa Isolada (prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75). A multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) devido à constatação de reincidência, prevista no art. 53, § 7º da mesma Lei nº 6.763/75.

Da Preliminar de Cabimento

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

.....
II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes;

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

....."

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA/MG, acima transcrito, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, é possível verificar não assistir razão à Recorrente, eis que a decisão recorrida refere-se à situação que não se coaduna com aquelas apresentadas nos acórdãos indicados como paradigmas.

Neste sentido, cumpre observar as ementas das decisões confrontadas, *in verbis*:

Acórdão n.º 20.053/11/1ª (Paradigma)

Ementa:

"OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Imputação fiscal de transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em virtude da desconsideração das notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal. em razão de divergência da operação. Exigência apenas de Multa Isolada. capitulada no art. 55. inciso II c/c o § 3º, ambos da Lei n.º 6.763/75, por se tratar de operação ampara pela não incidência. Entretanto. restou evidenciado que **a divergência apontada, por si só, não autoriza a desclassificação do documento**, o que impõe o

cancelamento da exigência fiscal. Lançamento improcedente. Decisão unânime."

Decisão:

.....
O Fisco entende incorreto o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) nº 6555 (devolução de máquinas e equipamentos do Ativo Imobilizado de terceiros), para mercadoria, que a própria Impugnante refere-se como devolução de mercadoria locada, ou seja, do imobilizado da empresa locadora.

Observa-se que a penalidade aplicada no Auto de Infração é de transporte de mercadoria desacobertada de documentos fiscal, mas "data venta", **em momento algum o Fisco descaracterizou a nota fiscal, apresentada**, seja por ter rasura, ou por está [sic] em desacordo com a mercadoria transportada.

.....
Acórdão nº 3.220/07 ICE (Paradigma)

Ementa (Reprodução Parcial)

"NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE - DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Arguição de transporte de mercadorias (veículos novos) acobertadas de notas fiscais que continham informações que não correspondem a real operação. Comprovado existir documentos fiscais idôneos, regularmente emitidos, acobertando a operação, constata-se não haver previsão legal para desclassificação dos documentos fiscais na situação enfocada. **Inaplicabilidade da acusação fiscal em relação à ocorrência fática. Infração não caracterizada.** Reformada a decisão recorrida para cancelar as exigências fiscais remanescentes."

Decisão:

.....
Como salientado, o que existe de concreto nos documentos fiscais autuados é exatamente a realidade apurada pelo Fisco. qual seja. as mercadorias foram compradas de empresa paulista. com destino ao Rio de Janeiro e tendo como concessionária interveniente a empresa de Uberlândia/MG. Onde é que o Fisco perdeu o controle destas operações. ainda mais sendo as mercadorias perfeitamente identificáveis e onde é que a realidade estampada nos documentos autuados destoa da verdade?

Com o devido respeito, em lugar algum.

Decisão Recorrida (Acórdão n.º 20.047/11/3ª)

Ementa:

"NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO – ITINERÁRIO – NOTA FISCAL ELETRÔNICA – SIMULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA. Constatado o transporte de medicamentos desacobertos de documentação fiscal hábil. O Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE - apresentado ao Fisco foi desclassificado, tendo em vista a incompatibilidade do trajeto realizado pelo transportador com aquele a ser seguido entre o estabelecimento de origem e o de destino das mercadorias. **Razões de defesa insuficientes para elidir o trabalho fiscal.** Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime."

Decisão:

Tem-se que o ponto central da questão consiste em definir se os documentos fiscais utilizados no transporte das mercadorias **seriam, ou não, hábeis para o acobertamento da operação.** Para tanto, faz-se necessário recordar as circunstâncias em que ocorreram os fatos motivadores da ação fiscal.

Observa-se que os dois conjuntos DANFE's apresentados (venda e transferência) representam uma ficção contábil e uma triangulação simulada que se opõem completamente à realidade dos fatos detectadas no trânsito junto ao Posto de Fiscalização de Capetinga-MG.

Configurada assim a situação prevista no inciso IV do art. 149 do RICMS/02, restando desacobertas as mercadorias representadas nos DANFE's de Venda e Transferência citados acima. Confira-se:

Art. 149 - Considera-se desacoberta, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - com documento não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior ou do inciso V do caput do art. 216 deste Regulamento e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação.

.....
Assim, afigura-se correto o procedimento do Fisco em desclassificar os documentos fiscais que acompanhavam o transporte das mercadorias, uma vez que aqueles não correspondem à real operação praticada pelo estabelecimento autuado.

..... (grifos não constam do original)

Observe-se que no Acórdão nº 20.053/10/1ª (fls. 335/341), a decisão encontra-se fundamentada no fato de que a divergência apontada pelo Fisco (divergência quanto ao CFOP), por si só, não autorizava a desclassificação do documento fiscal que acobertava a operação objeto da autuação, o que motivou o cancelamento do feito fiscal.

Já no Acórdão nº 3.220/07/CE, a decisão está lastreada na premissa de que, em relação à ocorrência fática, a acusação fiscal era inaplicável, não se caracterizando a infração apontada no lançamento analisado.

No caso do acórdão recorrido, a desclassificação dos documentos fiscais foi considerada correta pela decisão recorrida, uma vez que os dois conjuntos DANFES apresentados (venda e transferência) representavam uma ficção contábil e uma triangulação simulada que se opunham completamente à realidade dos fatos detectados na ação fiscal, ou seja, os documentos fiscais objeto da autuação não correspondiam à real operação praticada pelo estabelecimento autuado.

Veja-se, assim, que no caso dos autos, não se discutiu divergência de Código Fiscal de Operações – CFOP ou mesmo a incorrência da situação fática que ensejou a desclassificação das notas fiscais.

Ao contrário, no caso dos autos, a decisão considerou que a situação descrita pelo Fisco efetivamente se concretizou e, distintamente das alegações da ora Recorrente, a operação narrada nos documentos fiscais não era aquela que materialmente se realizava.

Inexiste, portanto, divergência quanto à aplicação da legislação tributária, pois as decisões confrontadas não foram distintas, pois se referiam a casos distintos. Assim, as decisões apresentadas pela Recorrente tiverem decisões diferentes dos autos, porque tratavam de casos diferentes e, como não poderia deixar de ser, foram baseadas em aspectos tático-probatórios também distintos.

Acrescente-se que o Acórdão nº 15.842/02/1ª, transcrito pela Recorrente às fls. 319/320, também não se presta como paradigma, uma vez que publicado há mais de 05 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, não satisfazendo, portanto, a condição imposta pelo art. 165, inciso I do RPTA/MG, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 165. Relativamente ao Recurso de Revisão interposto com fundamento no art. 163, II, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto;

.....

Desta forma, não foi atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal, o que leva ao não conhecimento do recurso.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Raimundo Francisco da Silva, André Barros de Moura, Maria de Lourdes Medeiros e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 14 de setembro de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**