

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.099/02/2ª
Impugnação: 40.010106695-15
Impugnante: Procimo - Produtos Cirúrgicos Médicos e Odontológicos Ltda.
PTA/AI: 01.000139083-90
Proc. S. Passivo: Milton Teotônio Pereira dos Santos/Outro
Inscrição Estadual: 062.961534.00-05
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de: aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; notas fiscais declaradas inidôneas; notas fiscais de saídas para prefeituras, hospitais e clínicas, não contempladas nas hipóteses de ressarcimento previstas no artigo 349 do Anexo IX do RICMS/96, referente a “ressarcimento de substituição tributária; notas fiscais de entradas referentes a retorno integral de mercadorias não entregues aos destinatários, já que a empresa não possui a 1ª via da nota fiscal de saída em seu poder. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatadas aquisições de medicamentos e produtos farmacêuticos de estabelecimentos industriais de outros Estados sem a retenção do ICMS/ST pelos remetentes conforme disposto no artigo 237, Anexo IX do RICMS/96, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte mineiro que recebeu a mercadoria, nos termos do item 4 do § 1º do artigo 237 do mesmo regulamento. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as irregularidades abaixo relacionadas, constatadas através de fiscalização em seu estabelecimento, no período de 01/03/1996 a 30/09/2002, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

01. Aproveitamento indevido, a título de crédito, do imposto destacado em notas fiscais referentes a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

02. Aproveitamento indevido, a título de crédito, do imposto destacado em notas fiscais declaradas inidôneas;

03. Aproveitamento indevido, a título de crédito, no mês de abril/2001, do valor de R\$ 79.321,12, referente a “ressarcimento de substituição tributária” de notas fiscais de saídas do período de 03/1996 a 03/2001;

04. Aproveitamento indevido, a título de crédito, nos meses de maio e junho/2001, do valor do imposto destacado em notas fiscais de entradas referentes a retorno integral de mercadorias não entregues aos destinatários, pois a empresa não possui a 1ª via da nota fiscal de saída, conforme determina o artigo 78, inciso III do RICMS/MG;

05. Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido quando da entrada em seu estabelecimento das mercadorias a que se referem as notas fiscais relacionadas no Anexo 5, visto que referido imposto não foi retido pelo remetente.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 425/431, aos argumentos seguintes:

- os dispositivos legais supostamente infringidos foram apontados de forma generalizada no Auto de Infração, o que inviabiliza o exercício de sua defesa;

- em relação ao aproveitamento de créditos de ICMS referente a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária tem a esclarecer que houve o aproveitamento do imposto pois as mercadorias foram objeto de tributação normal e regular quando das saídas. Pelo princípio da não-cumulatividade do imposto tem direito de realizar referido aproveitamento, em função do débito quando das saídas das mercadorias;

- os Atos Declaratórios de Inidoneidade foram editados em momento posterior ao da efetivação das operações, não podendo os mesmos alcançarem regulares aquisições feitas anteriormente, realizadas dentro de absoluta regularidade;

- é indevida a aplicação da multa isolada prevista no inciso X do artigo 55 da Lei nº 6.763/75 visto que não restou provado que o imposto destacado nas notas fiscais não foi recolhido;

- o aproveitamento de crédito em face do ressarcimento de ICMS recolhido por substituição tributária de mercadorias que foram remetidas para Prefeituras, Hospitais e Clínicas ocorreu tendo em vista a constatação de que as operações estavam amparadas pela isenção ou pela não incidência do ICMS, conforme o artigo 349 do Anexo X do RICMS/MG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no tocante ao aproveitamento indevido, a título de crédito, do valor do imposto destacado nas notas fiscais de entradas relacionadas no Anexo 4 tem a informar que as saídas efetivamente não ocorreram, ou seja, as mercadorias não chegaram a deixar o estabelecimento, e os documentos fiscais poderiam até ter sido cancelados;

- as mercadorias objeto da exigência fiscal arrolada no item 05 não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo o imposto sido efetivamente destacado nas notas fiscais de saídas;

- foram objeto de estorno de crédito e exigência de ICMS/ST pela entrada, as mesmas notas fiscais conforme Anexo 1 e Anexo 5 do relatório do Auto de Infração.

Ao final, requer a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 443/449, aos fundamentos que se seguem:

- não foi apresentado qualquer documento a título de prova;
- o artigo 237 do Anexo IX do RICMS/MG dispõe que os produtos ali relacionados e que constam das notas fiscais listadas no Anexo 1, estão sujeitos ao regime da substituição tributária;
- a legislação tributária é clara ao determinar que as operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não geram direito de crédito ao adquirente, conforme preconiza o artigo 26 do RICMS/MG;
- em relação ao questionamento acerca da irretroatividade dos Atos Declaratórios, tem a esclarecer que só é possível constatar a irregularidade após a prática do ato de emissão da nota fiscal;
- o artigo 70 do RICMS/MG, em seu inciso V, determina que não pode ser aproveitado, a título de crédito, o imposto quando a operação estiver acobertada por documento inidôneo, salvo prova de que o imposto foi integralmente recolhido, o que não restou demonstrado;
- a nota fiscal nº 000.850 de 15/10/99 foi incluída por equívoco no levantamento fiscal no Anexo 2, que relaciona as notas fiscais inidôneas, devendo ser excluída a exigência relativa à mesma;
- consta do artigo 349 do Anexo IX do RICMS/MG as situações em que o contribuinte poderá ressarcir-se do valor do imposto retido, quando tiver recebido a mercadoria com retenção do imposto, no entanto, este dispositivo não contempla os ressarcimentos efetuados pela Impugnante;
- a Impugnante enganou-se ao descrever as operações que deram origem ao ressarcimento como sendo contempladas por isenção ou não incidência;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- restou indevido o aproveitamento do imposto destacado nas notas fiscais de entradas relacionadas no Anexo 4, referentes a retorno integral de mercadorias não entregues aos destinatários, pois a empresa não apresentou a 1ª via da nota fiscal de saída, conforme solicitado e como determina o artigo 78, inciso III do RICMS/MG;

- consta das notas fiscais de entrada referentes ao estorno mencionado acima como natureza da operação: devolução de venda;

- os produtos listados nos documentos do Anexo 5 estão sujeitos ao regime da substituição tributária nos termos do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/MG, e na ocorrência de aquisição de mercadoria sujeita a este regime, sem a retenção do imposto, o contribuinte mineiro torna-se responsável pelo pagamento do imposto quando da entrada da mercadoria;

- as mercadorias listadas nos Anexos 1 e 5 apesar de serem as mesmas, referem-se a exigências distintas.

Por fim pede a improcedência da Impugnação.

O Fisco propõe a reformulação do crédito tributário para que seja excluída a exigência relativa à nota fiscal nº 000.850, de 15/10/99, indevidamente relacionada no Anexo 2 do Auto de Infração. Em face desta proposição foi reformulado o crédito tributário, conforme fls. 450 e 454/457 e, posteriormente, foi o Contribuinte cientificado desta reformulação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 462/475, opina pela procedência parcial do lançamento, para que seja excluída do crédito tributário formalizado a nota fiscal nº 000.850, de 15/10/99, relacionada à fl. 13, conforme recomposição da conta gráfica de fl. 450 e DCMM de fls. 454/457.

DECISÃO

Por meio do lançamento ora discutido exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as irregularidades já apontadas no relatório desta decisão, as quais passamos a tratar especificamente.

Da Preliminar

Antes de analisarmos cada uma das irregularidades apontadas no Auto de Infração importante tecermos algumas considerações acerca da alegação de cerceamento do direito de defesa apresentada pela Impugnante.

Aduz a Impugnante que os dispositivos legais supostamente infringidos foram apontados de forma generalizada no Auto de Infração, o que teria inviabilizado o exercício de sua defesa.

Da simples leitura da peça impugnatória é possível constatar que em momento algum ficou caracterizado prejuízo ao amplo direito de defesa pois a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante refutou individualmente cada uma das irregularidades apontadas pela fiscalização. Acrescente-se também que os dispositivos legais não foram enumerados de forma vaga no Auto de Infração, e sim apresentavam correlação com os fatos apurados pelo Fisco.

Importante ainda esclarecer que a Defendente não trouxe aos autos quando da apresentação da Impugnação as provas de suas argumentações.

Do Mérito

Irregularidade 01 - Aproveitamento indevido, a título de crédito, do imposto destacado nas notas fiscais referentes a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em relação a esta irregularidade alega a Impugnante que houve aproveitamento do imposto pois as mercadorias foram objeto de tributação normal e regular nas saídas.

Contudo, insta destacar que foram relacionadas no Anexo 01 destes autos as notas fiscais referentes a esta irregularidade donde se depreende que as mesmas dizem respeito a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme determina o Anexo IX do RICMS/MG. E, nos termos do artigo 26 do RICMS/MG, o contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária, deverá escriturar as notas fiscais referentes a esta operação no livro Registro de Entradas na coluna "Operações sem Crédito do Imposto".

Desta forma, verificamos que a legislação do imposto determina expressamente que estas operações não geram crédito do imposto, ou seja, não é possível qualquer forma de aproveitamento do ICMS a título de crédito como pretendido pela Impugnante.

Irregularidade 02 - Aproveitamento indevido, a título de crédito, do imposto destacado nas notas fiscais declaradas inidôneas

A Impugnante em sua peça exordial salienta que tem por indevida a autuação relativa à glosa dos créditos referentes às notas fiscais relacionadas no Anexo 2. Aduz que somente após a realização das operações de circulação de mercadoria, a Administração Fazendária tornou pública a declaração de inidoneidade das notas fiscais em questão e que os efeitos advindos da mesma não podem atingir fatos pretéritos.

No entanto, os Atos Declaratórios apenas declararam inidôneas as notas fiscais relacionadas no Anexo 2 do relatório do Auto de Infração. O ato declaratório decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo providenciado, nos termos da Resolução da SEF nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos do artigo 3º desta Resolução. Ademais a Nota Fiscal não se torna inidônea pela declaração, mas pela irregularidade que apresenta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, das notas fiscais, objeto do presente feito, depreende-se a legitimidade do procedimento fiscal, tendo em vista que a edição do Ato Declaratório se deu em conformidade com a legislação, ou seja, artigo 1º, da Resolução n.º 1.926/89.

O fato das mercadorias adquiridas, por meio das notas fiscais inidôneas, terem saído, quando vendidas para a Impugnante, acobertadas por documentos fiscais, não modifica o feito fiscal, uma vez que a autuação refere-se ao aproveitamento indevido do crédito relativo à entrada.

Com base nesses fundamentos, afasta-se portanto, a alegação trazida pela Impugnante, de que é correto o aproveitamento dos créditos, porquanto as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais em questão, foram adquiridas antes das empresas emitentes terem seus documentos fiscais declarados inidôneos.

A legislação tributária estadual admite o aproveitamento do crédito destacado em documento fiscal inidôneo desde que o imposto devido pelo emitente tenha sido integralmente pago, ou desde que o pagamento do imposto na origem seja comprovado. Nos termos do artigo 70, inciso V, do RICMS/96, a operação acobertada por documento falso ou inidôneo não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações posteriores, salvo prova concludente que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago, prova esta não carreada aos autos.

Em face do exposto temos por correta a exigência da multa isolada prevista no inciso X do artigo 55 da Lei nº 6.763/75, pois a Impugnante utilizou-se de documento fiscal inidôneo escriturando-os.

Ressalte-se, em relação a esta irregularidade a necessidade de exclusão da exigência relativa à nota fiscal nº 000.850, de 15/10/99, conforme observado pelo próprio Fisco, em face do erro em sua inclusão no Anexo 2.

Irregularidade 03 - Aproveitamento indevido, a título de crédito, do valor de R\$ 79.321,12, referente a “ressarcimento de substituição tributária” de notas fiscais de saídas.

Relativamente a esta irregularidade importante transcrever o disposto no artigo 349 do Anexo IX do RICMS/MG, o qual elenca as hipóteses em que pode haver ressarcimento do valor do imposto retido por substituição tributária.

“Art. 349 - O estabelecimento que tiver recebido mercadoria com retenção do imposto poderá ressarcir-se do valor do imposto retido, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não-incidência, exceto a promovida por microempresa.

III - perda ou deterioração.

.....”

Como podemos perceber, não foi descrita a possibilidade de ressarcimento em face das remessas das mercadorias para Prefeituras, Hospitais e Clínicas como pretende a Impugnante, salvo se estas estivessem amparadas por isenção ou não incidência.

A peça impugnatória aduz que estas remessas estavam amparadas pela isenção ou pela não incidência do ICMS. Contudo, a legislação tributária estadual é clara ao tratar das operações sujeitas a isenção ou não incidência do ICMS. E dentre estas, não foram arroladas as remessas dos produtos comercializados pela Impugnante para estas entidades. Portanto, correta a exigência fiscal em comento.

Irregularidade 04 - Aproveitamento indevido, a título de crédito, referente a retorno integral de mercadorias não entregues aos destinatários, em face da não apresentação da 1ª via da nota fiscal de saída

A Impugnante, em face da exigência fiscal que ora estamos analisando, aduz que as alegadas saídas efetivamente não ocorreram, visto que não chegaram a deixar seu estabelecimento. Inobstante esta argumentação, verificamos as notas fiscais de entrada constantes do Anexo 4 ao relatório do Auto de Infração apresentam como natureza da operação “devolução de venda”.

Insta salientar que o artigo 78 do RICMS/MG admite a recuperação do imposto anteriormente debitado nas hipóteses em que o estabelecimento receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, desde que possua a 1ª via da nota fiscal que acobertou a saída da mercadoria.

À fl. 03 dos autos verificamos que a Impugnante foi intimada a apresentar a 1ª via de diversas notas fiscais cujas mercadorias foram devolvidas, conforme mencionamos assim. Contudo, apesar desta solicitação, referidas 1ªs vias não foram apresentadas, o que corretamente ensejou o estorno do crédito em questão em face da constatação do efetivo retorno integral da mercadoria não entregue ao destinatário.

Irregularidade 05 - Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido quando da entrada em seu estabelecimento das mercadorias a que se referem as notas fiscais relacionadas no Anexo 5, sem a retenção do imposto

As mercadorias descritas nas notas fiscais arroladas no Anexo 5 estão sujeitas ao regime de recolhimento do ICMS por substituição tributária, nos termos do artigo 237 do Anexo X do RICMS/MG.

Diante da obrigatoriedade do recolhimento do imposto mediante substituição tributária, quando a mercadoria for remetida por outra unidade da Federação sem a retenção do ICMS, por força da legislação tributária estadual, fica o contribuinte mineiro responsável pelo pagamento do ICMS/ST, quando da entrada da mercadoria nos termos do artigo 237, §1º, item 4 do RICMS/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E, restou demonstrado nos autos a entrada em território mineiro com destino à Impugnante, de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem a devida retenção do imposto.

Ao final da Impugnação foi questionado o fato de terem sido arroladas nos Anexo 1 e 5 do Auto de Infração as mesmas notas fiscais. Entretanto, esta identidade entre os documentos fiscais em nada altera o feito fiscal visto que os mesmos deram origem simultaneamente à irregularidade apontada no item 01 e no item 05, visto que foi aproveitado o crédito do ICMS recolhido por substituição tributária, o que é vedado pela legislação, e as mercadorias ingressaram em território mineiro sem a devida retenção do ICMS/ST, ensejando a exigência deste imposto pelo seu recolhimento a menor e/ou pela falta de recolhimento do mesmo.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. Em seguida, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para acatar a reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 450/457. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Roberto Nogueira Lima (Revisor), José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 04/09/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora

LMMP/EJ/TAO