

Acórdão: 16.877/05/3ª Rito: Ordinário
Agravo/Impug.: 40.030113814-79, 40.010113498-16
Agravante/Impug: Del Menezzi Comércio e Representações Ltda.
Proc. S. Passivo: Marcos Antônio da Costa
PTA/AI: 01.000146030-11
Inscr. Estadual: 062.111163-0070
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – O pedido de perícia suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova desta natureza, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidar a presente lide. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – Constatou-se que a Autuada emitiu notas fiscais sem corresponder efetivamente a saídas de mercadorias, contrariando a orientação contida na Consulta de Contribuintes n.º 120/2002, por ela formulada junto à DOET/SLT/SEF. Legítima a penalidade exigida prevista no art. 55, inciso III da Lei 6763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – Constatou-se que a Autuada efetuou vendas de “próteses de silicone” a consumidores finais mineiros, sem emitir as correspondentes notas fiscais e sem recolher o ICMS devido em tais operações. Exigências mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1 – Deixou de emitir notas fiscais e recolher o ICMS incidente nas vendas de mercadorias para consumidores mineiros (efetuadas no período de agosto/2001 a abril/2004), cujas entradas foram acobertadas por notas fiscais emitidas pela empresa consignante – Silimed Comércio de Produtos Médico-Hospitalares Ltda. - localizada no Estado do Rio de Janeiro.

2 – Promoveu o retorno simbólico dessas mercadorias ao estabelecimento do consignante, caracterizando emissão de nota fiscal sem corresponder efetivamente a uma saída de mercadoria, contrariando a orientação contida na **Consulta de Contribuintes n.º 120/2002**, formulada pela própria Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lavrado em 06/07/04 – AI exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” e art. 55, inciso III da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 109/150.

O Fisco se manifesta às fls. 259/263, refutando as alegações da Impugnante.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 264.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 266/283). E, ainda, retorna aos autos fls. 287/291, trazendo novas razões para o cancelamento das exigências fiscais.

O Fisco novamente manifesta-se (fls. 293 e 294), refutando as novas alegações apresentadas pela Impugnante.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 296/303, opina, em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo. Quanto ao mérito opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Inicialmente vale ressaltar que a quase totalidade dos fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal (com adequações) integra a presente decisão, face a sua clareza e objetividade .

“DA PRELIMINAR

1 – Do Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, pois nos autos já se encontram todos os elementos necessários para o julgamento das irregularidades imputadas à Autuada.

Além do mais, os quesitos propostos, não são fundamentais para a verificação da prática do fato gerador do ICMS, e, por conseqüência, da falta de recolhimento deste imposto, além do descumprimento de obrigação acessória a ela imputada, porquanto os autos possuem elementos que caracterizam todos os aspectos do fato gerador do tributo.

Vale ressaltar que conforme o art. 109 da CLTA/MG, mencionado pela Autuada, a presunção de legitimidade gozada pelo Auto de Infração pode ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contestada por prova inequívoca trazida pelo sujeito passivo. Sendo assim, não haveria necessidade de perícia para que trouxesse aos autos a sua movimentação bancária, a fim de comprovar, como acredita poder fazer, que jamais ela, ou seus sócios, realizaram operação de venda, limitando-se às operações de representação comercial.

Quanto à inexistência de notas fiscais de venda emitidas pela Autuada, também a perícia é inócua, vez que se trata de um fato óbvio, já que o seu procedimento em relação às operações aqui tratadas não era coerente com a condição de contribuinte do imposto, praticando o fato gerador do ICMS, de saídas internas de mercadorias, fato este que ensejaria a emissão do documento fiscal correspondente.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no art. 116, incisos I e II, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

Consta do Auto de Infração as seguintes exigências:

1) ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei 6763/75), face a constatação da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de recomposição da conta gráfica do período de agosto de 2001 a abril de 2004, em razão da não emissão pela Autuada de notas fiscais referentes a vendas de mercadorias (próteses mamárias, dentre outras) para consumidores mineiros, cujas entregas foram acobertadas por notas fiscais emitidas pela empresa SILIMED Comércio de Produtos Médico Hospitalares Ltda., sediada no Rio de Janeiro.

2) MI (prevista no art. 55, inciso III da Lei 6763/75) em razão da emissão pela Autuada de notas fiscais, relacionadas às fls. 17/30, sem corresponder efetivamente a saídas de mercadorias.

Para efeito de cálculo do ICMS exigido (irregularidade do item 1), o Fisco apurou a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, vez que nas notas fiscais de retorno simbólico para a empresa do Rio de Janeiro havia o destaque de 12%, débito este que foi regularmente escriturado nos livros fiscais da Autuada e em seu conta corrente fiscal.

A relação dessas notas fiscais de saída, emitidas pela Autuada, tendo como destinatário a SILIMED, encontra-se nas planilhas de fls. 17 a 30, tendo o Fisco anexado, por amostragem, alguns desses documentos às fls. 41 a 51. Em tais planilhas são demonstradas as diferenças entre ICMS apurado pelo Fisco, à alíquota interna de 18%, e o que foi destacado a 12%, relativo às operações simbólicas interestaduais.

Também por amostragem, foram anexadas às fls. 53 a 67 algumas das notas fiscais de entrada da Autuada emitidas pela SILIMED, constando no campo de natureza da operação o termo “consignação”, e às fls. 69 a 90, notas fiscais de saída emitidas pela empresa do Rio de Janeiro, cujos destinatários são consumidores finais em Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O feito fiscal, como se percebe, foi motivado e fundamentado pela resposta dada à referida Consulta de Contribuintes n.º 120/2002.

Para instruir tal Consulta, a Autuada afirmou que recebe as “próteses” em regime de consignação da empresa do Rio de Janeiro, efetuando a venda dessas mercadorias e fazendo a devolução simbólica para a empresa fluminense. Informou também que possui em conta gráfica um montante razoável de créditos de ICMS, o que pode realmente se apurar no SICAF, e do que se infere que ela um estoque também razoável de mercadorias para um representante comercial.

A DOET/SLT/SEF, em resposta à referida Consulta (a seguir transcrita), entendeu que o procedimento adotado pela Impugnante estava incorreto:

“Reputa-se incorreto o procedimento adotado pela Consulente.

Assim se delimita a representação comercial, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965:

“Art. 1º - Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

A Consulente supõe praticar atos relativos apenas à representação comercial, todavia, depreende-se de sua exposição, que a mesma efetua a venda de mercadorias. (gn)

Vê-se que a Consulente afirma possuir estoque de mercadorias recebidas em consignação e as vende a partir de seu próprio estabelecimento, portanto, nessa hipótese, deverá adotar os procedimentos descritos no Capítulo XXX, Anexo IX do RICMS/96.

Desse modo, a Consulente é contribuinte do ICMS, devendo emitir nota fiscal com débito do imposto nas vendas que realiza, estando caracterizada como incorreta a devolução simbólica ao consignante das mercadorias.

Lembramos que, caso haja imposto devido, resultante da presente Consulta, poderá ser recolhido sem penalidades, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de ciência desta resposta. A não-incidência de penalidades só se aplica caso a consulta tenha sido protocolizada antes de vencido o prazo para pagamento do tributo a que se refere, conforme dispõe o artigo 21, §§ 3º e 4º da CLTA/MG aprovada pelo Decreto 23.780/84.”

Por não ter a então Impugnante efetuado os procedimentos descritos nesta resposta, emitindo a nota fiscal de venda para os seus consumidores, lavrou-se corretamente o Auto de Infração, exigindo a diferença entre o ICMS devido e o que foi debitado em razão das devoluções simbólicas, que também não ocorreram, já que as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próteses recebidas da empresa fornecedora do Rio de Janeiro foram entregues aos consumidores mineiros pela Impugnante, que as tinha em seu estoque.

No retorno simbólico dessas próteses ao contribuinte do Rio de Janeiro (irregularidade do item 2), restou caracterizado, a emissão de nota fiscal sem corresponder efetivamente a uma saída de mercadoria, contrariando a orientação contida na Consulta Contribuintes n.º 120/2002 formulada pela própria Autuada.

Em hipótese alguma deve ser entendido, como alega a Autuada, que a resposta do Fisco mineiro trate de situação sobre a qual seu procedimento passe à margem. Ao contrário do que alega a Impugnante, ela esteve todo o tempo realizando operação de venda, sistemática esta abordada no resultado da Consulta n.º 120/2002.

A Autuada aborda outro tema, ainda que de maneira intempestiva, às fls. 287 a 291. Argüi que as próteses de silicone, bem como diversos outros produtos relacionados com prótese, se encontravam isentas de ICMS durante todo o período fiscalizado, estando tal isenção prevista no item 122, do Anexo I, do RICMS/96.

Com relação à alegada isenção, vale frisar que o convênio que concedeu tal benefício do ICMS para os insumos relacionados no item 122, do Anexo I, do RICMS/96 e da parte 13, referente ao item 107, da parte 1, do Anexo I, do RICMS/2002, foi o CONVÊNIO ICMS 01/99.

Tal convênio concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à **prestação de serviços de saúde**, o que não é o caso exclusivo do uso das próteses de silicone, objeto da autuação, utilizadas em intervenções cirúrgicas relacionadas à estética.

Ademais, conforme deixou claro o Fisco, as próteses mamárias, comercializadas pela Autuada, estão enquadradas no Código NCM 9021.30.40 e 9021.30.80, e não no 9021.31.90, mencionado no item 122, do Anexo I, do RICMS/96, referente ao item 107 da parte 1, e no Anexo I, do RICMS/2002, que inclui a “prótese de silicone” como produto isento.

Vale ressaltar ainda que a isenção prevista para o código NCM destacado pela Impugnante, 9021.31.90, é para **próteses articulares de silicone**, sendo que as próteses mamárias não possuem articulações e, reitera-se, estão enquadradas em outros códigos.

Reforçando o entendimento de que as operações efetuadas pela Autuada não são isentas, cabe salientar que a Silimed Comércio de Produtos Médico Hospitalares Ltda., fornecedora das mercadorias comercializadas pela Autuada, tributou todas as operações cujos destinatários são consumidores finais mineiros à alíquota de 18% e destacou o ICMS devido nas respectivas notas fiscais de saída, conforme se verifica às fls. 69 a 90.

Por derradeiro cabe ressaltar que houve, no caso, inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada, o que impede,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de acordo com o disposto no § 5º, do art. 53 da Lei 6763/75, a redução ou o cancelamento da MI por este órgão julgador administrativo.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais, constantes do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado em perfeita consonância com as disposições contidas no art. 58 da CLTA/MG (Dec. 23.780/84).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em preliminar, negar provimento ao Recurso de Agravo. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Aureliano Borges de Resende (Revisor), José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente, o Dr. Bruno Rodrigues Faria.

Sala das Sessões, 23/03/05.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora**