

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.235/16/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000416444-74
Impugnação: 40.010140053-10
Impugnante: Technes Medical - Importadora e Exportadora Ltda
IE: 062296602.00-15
Proc. S. Passivo: Thiago Urias Rodrigues Cota/Outro(s)
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO. Constatada saídas de próteses de silicone não articular ao abrigo indevido da isenção de que trata o item 107 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, tendo em vista que o produto não se enquadra no item 165 da Parte 13 do mesmo anexo (NBM/SH 9021.3190 – prótese articular). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Entretanto, deve ser excluída a multa isolada para as notas fiscais eletrônicas de entrada incluídas pela Fiscalização quando da rerratificação do crédito tributário.
Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de próteses de silicone não articular e partes/acessórios, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, ao abrigo indevido da isenção de que trata o item 107 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, tendo em vista que os produtos não se enquadram na situação prevista no item 165 da Parte 13 do mesmo anexo (NBM/SH 9021.3190 – prótese articular).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 115/128, juntando documentos às fls. 129/197.

Da Reformulação do Crédito Tributário e do aditamento à impugnação

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização retifica o crédito tributário, nos termos do demonstrativo de fls. 251/254, excluindo as exigências relativas aos itens das notas fiscais relacionadas às fls. 203/208.

Regulamente cientificada sobre a retificação, a Autuada adita sua impugnação às fls. 258/261, reiterando os termos da inicial e acrescentando uma alegação sobre a multa isolada aplicada, que será posteriormente analisada.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 265/271, refuta as alegações da Defesa.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 275/281, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Preliminarmente, a Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de falta de motivação, alegando, principalmente, que a Fiscalização não foi capaz de desconstruir a incidência da regra de isenção nos negócios jurídicos celebrados pela Autuada.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de próteses de silicone não articular e partes/acessórios, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, ao abrigo indevido da isenção de que trata o item 107 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, tendo em vista que os produtos não se enquadram na situação prevista no item 165 da Parte 13 do mesmo anexo (NBM/SH 9021.3190 – prótese articular).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

O trabalho fiscal foi desenvolvido com base no aplicativo Auditor Eletrônico – módulo NFe, cuja fonte de entrada foram as NFe emitidas pela Autuada.

Dessa forma, constata-se que o trabalho fiscal tem como suporte os documentos emitidos e/ou registrados pelo próprio Contribuinte, nos quais se pode verificar que não foram destacados os valores da base de cálculo e do ICMS devido.

A Autuada importa produtos médicos para revenda no território nacional, dentre eles: esfíncter urinário artificial, artigos de prótese utilizados no sistema urinário masculino e extensores de próteses utilizadas no tratamento de impotência masculina.

A Impugnante argui, inicialmente, que a Fiscalização deixou de considerar os efeitos da alteração de NCM promovida em fevereiro de 2012 pela RFB, modificando a NCM 9021.3190 para as NCMs 9021.3080 e 9021.3999. Que, assim, as mercadorias passam a ser enquadradas no item 6 da Parte 2 do Anexo I do RICMS/02.

Veja-se o dispositivo:

RICMS/02 - Anexo I

Parte 1 - Itens 1 a 34

DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO

(...)

30 - Entrada, decorrente de importação do exterior, ou saída, em operação interna ou interestadual, de artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas constantes da Parte 2 deste Anexo.

(...)

Parte 2 - ARTIGOS E APARELHOS ORTOPÉDICOS E PARA FRATURAS

(a que se refere o item 30 da Parte 1 deste Anexo)

(...)

6 Outras partes e acessórios
9021.39.99

Dessa forma, defende que, após a retificação das NCMs, pouco importa a análise se os produtos são ou não prótese articulada, pois a classificação passa a ser feita no item 6.

Diante dos argumentos apresentados pela Impugnante, a Fiscalização retifica o crédito tributário, conforme Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 203/210, excluindo as exigências relativas aos itens que possuem a correta classificação na NCM 9021.3999.

A Impugnante alega, ainda, que em relação às mercadorias enquadradas pela RFB no código NCM 9021.3080, aplica-se o mesmo raciocínio, cuja isenção encontra-se prevista no item 165 da Parte 13 do mesmo anexo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, razão não lhe assiste, conforme restará demonstrado.

Importante trazer, inicialmente, a legislação de regência da matéria.

RICMS/02 - Anexo I

Parte 1

(...)

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.

(...)

PARTE 13

EQUIPAMENTOS E INSUMOS DESTINADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

(a que se refere o item 107 da Parte 1 deste Anexo)

165 Prótese de silicone
9021.31.90

O código NBM/SH 9021.3190 se refere a outros produtos dentro da subposição NBM/SH 9021.31, que trata de próteses articulares. Portanto, a prótese de silicone, prevista no item 165 da Parte 13 do Anexo I do RICMS refere-se à prótese articular.

A prótese de silicone não articulada enquadra-se no código NBM/SH 9021.3980 – “Outros”, que, por sua vez, faz parte da subposição NBM/SH 9021.39 – “Outros”, que englobam os demais produtos não relacionados na posição 9021 de forma genérica.

Portanto, a legislação é clara e objetiva ao prever a isenção somente para próteses articulares, sendo que as próteses de silicone, objeto da autuação, não possuem articulações.

Importante destacar que a Alfândega da Receita Federal do Brasil (RFB) solicitou perícia, em 01/03/12, para verificar se as próteses, importadas pela matriz paulista (objeto das vendas posteriores de que trata o presente trabalho fiscal), tratavam-se de próteses articulares. Em resposta aos quesitos formulados, o perito afirma, conforme se verifica às fls. 27/28, que “os produtos examinados não se tratam de próteses articuladas...”. Diante do laudo técnico pericial, a RFB solicita a retificação da DI, alterando as NBM/SH 9021.3190 para as NBM/SH 9021.3980 e 9021.3999, dependendo do produto.

Dessa forma, o que o Auditor Fiscal da RFB fez foi verificar que a classificação do código NBM/SH utilizado pela Autuada encontrava-se equivocado. Portanto, conseqüentemente, a Autuada utilizava de isenção indevida.

Observa-se que não foi a legislação mineira que alterou a NBM/SH para a qual prevê a isenção do item 165 da Parte 13 do Anexo I, mas a Impugnante é quem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deve passar a adotar o código de classificação de mercadorias correto, qual seja, o código 9021.3080, e este não está previsto no referido item 165.

Registra-se que a Fiscalização relaciona às fls. 218 exemplos de NFe de saídas cujos produtos objeto da presente ação fiscal, classificados na NCM 9021.3980, possuem destaque do ICMS devido.

A Impugnante solicita, ainda, a retificação do lançamento para se considerar válidas apenas as notas fiscais de compra e venda, uma vez que a Fiscalização levou em conta as notas fiscais de devolução ou troca de mercadorias (doc. fls. 148/174), como se fossem, também, de compra e venda.

A Fiscalização retifica o crédito tributário, conforme o mencionado Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 203/210, para incluir no Novo Anexo 1, para abatimento do débito de ICMS quando de suas saídas anteriores, as referidas notas fiscais de entrada de devolução (conforme tabela de fls. 206/208). Entretanto, mantém a cobrança da penalidade prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6763/75, o que será posteriormente analisado.

Também não merece prosperar a alegação da Impugnante de que a Fiscalização não observa no presente trabalho a isenção capitulada no item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02:

136 Saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias.

136.1 A isenção também se aplica:

a) à entrada decorrente de importação do exterior, ainda que realizada por terceiro com destinação prevista para as entidades indicadas neste item, desde que:

Como se verifica no Relatório Fiscal, às fls. 44 e nas NFe, juntadas por amostragem às fls. 105/110, a Fiscalização constata que a Autuada utilizou-se indevidamente da isenção supratranscrita, uma vez que não foi observada a condição estipulada no subitem 136.2, alínea “b.1”:

136.2 A isenção prevista neste item fica condicionada a que:

b) o contribuinte indique expressamente no documento fiscal no campo “Informações Complementares” ou “Observações”:

b.1) o valor da operação ou prestação sem a isenção e o valor do imposto dispensado (desconto), observado o disposto no subitem 136.7 desta Parte.

A Fiscalização registra, ainda, em seu Relatório Fiscal, às fls. 43/44, que, conforme as Portarias Sutri nº 248 de 11/04/13 e nº 348 de 15/03/14, a Autuada deixou de ser enquadrada na categoria de Distribuidor Hospitalar no período de 22/02/14 a 11/06/14. Por esse motivo, deixa de poder utilizar a alíquota de 12% (doze por cento)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme determina o art. 42, inciso I, alínea “b.47” do RICMS/02. Esse ponto não foi discutido pela Impugnante.

Portanto, verifica-se que o lançamento trata de situação meramente fática e objetiva, não restam dúvidas quanto à infringência à legislação tributária e, portanto, corretas as exigências das multas, de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambas da Lei nº 6.763/75.

Cumprida ainda destacar, que não há que se alegar o caráter confiscatório ou desproporcional das multas aplicadas em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Por fim, a Impugnante, quando do aditamento de sua impugnação, alega que com a retificação do Auto de Infração houve redução do imposto devido, mas ocorreu uma majoração da multa isolada.

Da análise dos autos, observa-se que a majoração da multa isolada ocorre devido à inclusão pela Fiscalização, quando da rerratificação do lançamento, das NFe de entrada de devolução, conforme já mencionado. Dessa forma, a Fiscalização abate o débito de ICMS ocorrido quando das saídas anteriores, mas aplica a multa isolada tanto para a emissão das notas fiscais de saída quanto para as notas fiscais de entrada.

Contudo, uma vez que as mercadorias foram devolvidas por pessoas não consideradas contribuinte, não há previsão legal para a obrigatoriedade do destaque da base de cálculo e, conseqüentemente, do imposto nas notas fiscais de entrada. O contribuinte deverá vincular à nota fiscal de entrada a respectiva nota fiscal de saída para poder se apropriar do valor debitado por ocasião da saída da mercadoria.

Veja-se os dispositivos que tratam da emissão da nota fiscal de entrada para o caso dessas devoluções:

RICMS/02

Art. 76. O estabelecimento que receber mercadoria devolvida por particular, produtor rural ou qualquer pessoa não considerada contribuinte, ou não obrigada à emissão de documento fiscal, poderá apropriar-se do valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, nas seguintes hipóteses:

(...)

§ 4º O estabelecimento que receber mercadoria, em devolução ou troca, emitirá nota fiscal na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada, relativamente à mercadoria devolvida, da qual constarão o número, a série e a data do documento fiscal emitido por ocasião da saída.

RIMS/02 - Anexo V

Art. 24. A nota fiscal emitida na entrada, quando exigida, será o único documento a ser escriturado no livro Registro de Entradas, devendo ser a ela anexado o documento fiscal correspondente à operação, quando existente.

Assim, deve ser excluída a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6763/75 para as NFe de entrada incluídas pela Fiscalização quando da rerratificação do crédito tributário.

Diante de todo o exposto, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 251/254, e, ainda, para excluir a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6763/75 relativa às NFes de entrada incluídas na citada reformulação, conforme parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Luiz Geraldo de Oliveira e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 20 de outubro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator

D