

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.650/10/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000157928-28
Recurso de Revisão: 40.060128247-09
Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda
IE: 062780027.01-21
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Saulo Vinícius de Alcântara/Outro(s)
Origem: DF/ BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Constatou-se que a Autuada recolheu a menor o ICMS/ST incidente nas operações com produtos farmacêuticos de uso humano, cosméticos, perfumaria e artigos de higiene pessoal, originários de outras Unidades da Federação. Irregularidade apurada por meio da análise das informações prestadas ao Fisco pela própria Autuada, em meio magnético (arquivos eletrônicos). Legítimas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n° 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – PRODUTOS EM ESTOQUE. Imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS/ST incidente sobre produtos farmacêuticos, cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e toucador constantes do estoque. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n° 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco uma vez comprovado o recolhimento tempestivo do tributo exigido. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades:

1. recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2004 a novembro de 2007, relativo a operações com produtos farmacêuticos, cosméticos, perfumaria e artigos de higiene pessoal, conforme constatado por meio de auditoria fiscal realizada com a utilização do programa Auditor Eletrônico. Demonstrou-se minuciosamente, mediante planilhas emitidas pelo programa, com apuração produto a produto, totalizando a cada nota fiscal e a cada mês, conforme consta no Anexo 2 (fls. 36/37), que em cotejo com os valores recolhidos mensalmente, houve o não cumprimento do disposto no art. 16, inciso IX da Lei n.º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6.763/75. Operações realizadas no período de janeiro/04 a novembro/07 (Exigências: ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, II da Lei n.º. 6.763/75);

2. falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, incidente sobre operações com produtos farmacêuticos constantes do estoque em 31/12/03 e cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e toucador constantes do estoque em 30/11/05, respectivamente (Exigências fiscais canceladas pelo Fisco).

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 19.705/10/3ª, em preliminar, por maioria de votos, rejeitou a arguição de nulidade do lançamento e, no mérito, também por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do Fisco de fls. 894/896 e 974/975.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 1.067/1.082.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 16.489/05/2ª e 19.212/09/3ª (cópias às fls. 1.084/1.097 e 1.098/1.118).

Requer seja conhecido e provido seu Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.119/1.125, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

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

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto n.º. 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Esclareça-se, inicialmente, que a Recorrente não questiona o mérito da autuação, limitando-se a arguir a nulidade do lançamento, por entender que teria ocorrido mudança do critério jurídico ou erro de direito, no que diz respeito à retificação da acusação fiscal relativa ao item “1”, do Auto de Infração, e por considerar que a norma contida no art. 137 do RPTA/MG teria sido inobservada, uma vez que a amostragem documental carreada aos autos pelo Fisco teria sido insuficiente ou não significativa para comprovação da imputação fiscal.

No entanto, os acórdãos indicados como divergentes não têm o alcance pretendido pela Recorrente, uma vez que não comprovam a alegada divergência jurisprudencial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, deve-se destacar que a decisão consubstanciada no Acórdão nº. 16.489/05/2ª foi reformada pelo Acórdão nº 3.103/05/CE (cópia em anexo), que rejeitou a nulidade do lançamento referente ao acórdão paradigma, determinando sua remessa à Câmara *a quo*, para que esta apreciasse o mérito da autuação.

As ementas das referidas decisões são as seguintes:

ACÓRDÃO PARADIGMA (Nº. 16.489/05/2ª)

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. CONSTATADA A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, TENDO EM VISTA A MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO DO TRABALHO FISCAL (ERRO DE DIREITO), O QUE ACARRETOU A REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO PRELIMINAR TOMADA PELO VOTO DE QUALIDADE.

ACÓRDÃO Nº. 3.103/05/CE

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – BENEFÍCIO FISCAL – RESOLUÇÃO 3.166/01. CONSTATOU-SE A APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE PARCELA DE CRÉDITOS DE ICMS NÃO COBRADA E NÃO PAGA PELO FORNECEDOR AO RESPECTIVO ESTADO DE ORIGEM, À VISTA DE AUFERIR BENEFÍCIO QUE LHE FORA CONCEDIDO UNILATERALMENTE, SEM AQUIESCÊNCIA DO CONFAZ (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA), EM DESRESPEITO À LEI COMPLEMENTAR 24/75, BEM COMO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MINEIRA. A CÂMARA “A QUO” ACOLHEU A PRELIMINAR DE NULIDADE DO AI TENDO EM VISTA A ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO DA AUTUAÇÃO (ERRO DE DIREITO). NO ENTANTO, A REVISÃO DO LANÇAMENTO ENCONTRA-SE ALICERÇADA NAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO INCISO VIII DO ART. 149 DO CTN, POSTO QUE POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO ASPECTOS FÁTICOS, RELATIVOS À APURAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DO FORNECEDOR, NÃO ERAM DE CONHECIMENTO DO FISCO, UMA VEZ NÃO EXPRESSOS NA LEGISLAÇÃO PERNAMBUCANA, QUE CONCEDIA O REFERIDO BENEFÍCIO. ASSIM SENDO, REFORMA-SE A DECISÃO RECORRIDA, DEVENDO O PROCESSO SER REMETIDO DE OFÍCIO À CÂMARA “A QUO” PARA APRECIACÃO DO MÉRITO.

RECURSO DE REVISTA CONHECIDO PELO VOTO DE QUALIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS.

A resolução definitiva da lide em questão, favorável à Fazenda Pública, veio através dos Acórdãos nº. 18.917/09/3ª e 3.450/09/CE, que foram assim ementados:

ACÓRDÃO Nº. 18.917/09/3ª

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – INCENTIVO FISCAL – RESOLUÇÃO 3.166/01. CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS, EM FACE DA APROPRIAÇÃO DE PARCELA DE IMPOSTO NÃO COBRADA E NÃO PAGA AO ESTADO DE ORIGEM, DECORRENTE DE BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS ISOLADAMENTE, AO DESAMPARO DE CONVÊNIO INTERESTADUAL, EM DESACORDO COM A REGRA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESTABELECIDA NO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO E ARTIGO 8º, INCISO I, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR 24/75, ARTIGO 62, PARÁGRAFO ÚNICO DOS RICMS/96 E RICMS/02 E RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 56, INCISO II DA LEI Nº 6763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO, DEVENDO, AINDA, SER ADEQUADO AOS TERMOS PROPOSTOS NO LAUDO PERICIAL, CONFORME PLANILHAS CONSTANTES DOS AUTOS, NO TOCANTE AOS MESES EM QUE SE VERIFICA REDUÇÃO DO VALOR DO ICMS. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº. 3.450/09/CE

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – INCENTIVO FISCAL – RESOLUÇÃO 3.166/01. CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS, EM FACE DA APROPRIAÇÃO DE PARCELA DE IMPOSTO NÃO COBRADA E NÃO PAGA AO ESTADO DE ORIGEM, DECORRENTE DE BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS ISOLADAMENTE, AO DESAMPARO DE CONVÊNIO INTERESTADUAL, EM DESACORDO COM A REGRA ESTABELECIDA NO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO E ARTIGO 8º, INCISO I, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR 24/75, ARTIGO 62, PARÁGRAFO ÚNICO DOS RICMS/96 E RICMS/02 E RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 56, INCISO II DA LEI Nº 6763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO, DEVENDO, AINDA, SER ADEQUADO AOS TERMOS PROPOSTOS NO LAUDO PERICIAL, CONFORME PLANILHAS CONSTANTES DOS AUTOS, NO TOCANTE AOS MESES EM QUE SE VERIFICA REDUÇÃO DO VALOR DO ICMS. MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR. RECURSO NÃO CONHECIDO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

Assim sendo, o Acórdão nº 16.489/05/2ª não pode servir de base para o conhecimento do recurso de revisão, face ao disposto no art. 59, do Regimento Interno do CC/MG, *in verbis*:

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II, do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido, se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo, ainda que após a sua interposição.

Quanto ao Acórdão nº 19.212/09/3ª, este foi indicado pela Recorrente na tentativa de demonstrar uma suposta divergência jurisprudencial quanto à aplicação da norma contida no art. 137, I, “a” do RPTA/MG, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 137. Em se tratando de prova documental com elevado número de documentos, o Fisco poderá fazer a prova mediante:

I - amostragem, observado o seguinte:

a) a amostra deverá ser significativa em relação ao universo;

b) os documentos, inclusive arquivos eletrônicos, e outras provas não juntadas integralmente serão mantidos na repartição fazendária pelo prazo prescricional;

II - anexação de arquivos eletrônicos com certificado de integridade das informações. (Grifou-se)

Nesse contexto, afirma a Recorrente que *“a amostra de fls. 892/893 contempla apenas 09 (nove) notas fiscais concentradas no mês de maio de 2.007, o que nem de longe pode ser considerada significativa para um universo de 139.200 (cento e trinta e nove mil e duzentas) notas fiscais divididas por 48 (quarenta e oito) meses, sendo eles referentes aos anos de 2.004 a 2.007”* e que, embora o dispositivo em apreço não indique o tamanho da amostra, seria óbvio que ela deveria observar as normas estatísticas e ser significativa em relação ao universo.

Observe-se, no entanto, que no acórdão paradigma não há nenhuma discussão sobre o dispositivo legal supratranscrito e sim uma argumentação fiscal quanto a uma amostra recolhida para fins de análise química e emissão de laudo técnico, com o objetivo de se determinar se determinada mercadoria poderia ser caracterizada como “sucata de ferro” ou como “subproduto”, veja-se:

ACÓRDÃO PARADIGMA (Nº. 19.212/09/3ª)

EMENTA:

ICMS - DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO. SAÍDAS DE SUBPRODUTOS AO ABRIGO INDEVIDO DO DIFERIMENTO DO IMPOSTO, PREVISTO NO ART. 218, ANEXO IX, DO RICMS/02, FACE À SUA ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO COMO SUCATAS. EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO, APÓS ANÁLISE DOS ARGUMENTOS E DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO IMPUGNANTE. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

DECISÃO:

(...)

TENDO SIDO DEMONSTRADO O PROCESSO QUE DEU ORIGEM AOS PRODUTOS EM QUESTÃO, PASSA-SE A ANALISAR O LAUDO EMITIDO PELO SENAI/FIEMG – CETEF.

PELOS RESULTADOS APRESENTADOS À FL. 06 DO LAUDO (FL. 266, VERSO), VERIFICA-SE QUE A AMOSTRA APRESENTADA PARA ANÁLISE PELA EMPRESA “SAPPORO IND. E COMÉRCIO”,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEVIDAMENTE LACRADA PELO POSTO FISCAL DA SEF, SE TRATA DE UM AMÁLGAMA, E NÃO DE UM PRODUTO PURO, ONDE ALGUNS PEDAÇOS SE APRESENTAM COM ASPECTO ESPONJOSO (ESCÓRIAS) E OUTROS COM ASPECTO MAIS COMPACTO (PARTE METÁLICA).

PELAS CONCLUSÕES A QUE CHEGAM OS PERITOS (FLS. 268), VÊ-SE QUE O EXAME A QUE FOI SUBMETIDO O PRODUTO QUE LEVOU À CARACTERIZAÇÃO DO MESMO COMO "SUCATA GRANULADA DE MATERIAL FERROSO COM FRAÇÃO VOLUMÉTRICA DE ESCÓRIA IMPREGNADA" FOI VISUAL.

PODE-SE VER PELA FIGURA 04, FLS. 411, FOTO TIRADA NOS ESTABELECIMENTOS DA USIMINAS, QUE SE TRATA DE UM PRODUTO EXTREMAMENTE HETEROGÊNEO. HÁ PEDAÇOS PREDOMINANTEMENTE METÁLICOS, ASSIM COMO PEDAÇOS ONDE A QUANTIDADE DE ESCÓRIA É DOMINANTE. A ANÁLISE FOI EFETUADA, CONFORME DIZ O LAUDO À FLS. 273, EXCLUSIVAMENTE NA AMOSTRAGEM ENVIADA AO CETEF. **ESTA AMOSTRAGEM, MESMO QUE FEITA POR FUNCIONÁRIOS DA FAZENDA OU DA "SAPPORO", NÃO FOI FEITA OBEDECENDO A NENHUM CRITÉRIO CIENTÍFICO, SENDO DE APENAS 1,8 KG NUM CAMINHÃO CUJA CARGA ULTRAPASSA 26,0 TONELADAS (O PESO MÉDIO DA CARGA QUE A USIMINAS VENDEU PARA A SAPPORO EM 2007, ANO EM QUE FOI FEITA A AMOSTRAGEM, FOI DE 26,92 T). 1,8 KG EM 26,92 T NÃO É UMA AMOSTRAGEM SIGNIFICATIVA. SIGNIFICA 0,006% APENAS DA CARGA DE UM CAMINHÃO.**

ASSIM, MESMO OS PERCENTUAIS DE CARGA METÁLICA E NÃO-METÁLICA ENCONTRADOS, QUE APONTAM 77,78% DE RENDIMENTO METÁLICO CONTRA 22,22% DE ESCÓRIA (FLS. 275), NÃO REPRESENTAM OBRIGATORIAMENTE A MÉDIA HISTÓRICA DA CARGA. SÃO APENAS VALORES REFERENTES À AMOSTRA ANALISADA.

ÀS FLS. 276, ESTÃO RELACIONADOS OS QUESITOS ELABORADOS PELA "SAPPORO" PARA O CETEF.

PELO QUESITO Nº. 02, VÊ-SE QUE A CARACTERIZAÇÃO DA AMOSTRA COMO "SUCATA DE FERRO" DEVE-SE AO EXAME VISUAL.

PELO QUESITO 04, VERIFICA-SE QUE A PRÓPRIA EMPRESA "SAPPORO" RECONHECE QUE EXISTE A POSSIBILIDADE DE QUE HAJA OUTRA CLASSIFICAÇÃO FISCAL POSSÍVEL PARA A MERCADORIA.

FINALMENTE, OS QUESITOS 06, 07 E 08 ELABORADOS PELA "SAPPORO", ONDE A MESMA SOLICITA AO CETEF A CLASSIFICAÇÃO DO MATERIAL SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA NBM/SH E NCM, A RESPOSTA FOI DE QUE O MESMO NÃO SE QUALIFICA A RESPONDER ESTAS QUESTÕES, POIS SE REFEREM À CLASSIFICAÇÃO DE MATERIAIS SEGUNDO CRITÉRIOS FISCAIS E SE BASEIAM EM LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

TODA RAZÃO TÊM OS TÉCNICOS DO CETEF. AS CONDIÇÕES QUE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DE MINAS GERAIS ESTABELECE PARA QUE O PRODUTO POSSA SER CONSIDERADO SUCATA, PARA FINS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE USUFRUIR DO DIFERIMENTO, SÃO AQUELAS ESTABELECIDAS PELO ART. 219, INC. I, DO RICMS/02, IN VERBIS:

(...) (GRIFOU-SE)

Assim, muito embora a decisão acima tenha feito menção a uma “amostra” e sua questionável significância estatística (*1,8 kg num caminhão cuja carga ultrapassa 26,0 toneladas*), verifica-se que não houve qualquer análise da referida amostragem sob a ótica do art. 137, do RPTA/MG, mesmo por que a referida decisão foi tomada com base em outras provas, com relevância especial à resposta ofertada pela SUTRI à Consulta de Contribuinte nº 097/08, formulada pelo próprio Sujeito Passivo.

De modo diverso, no PTA ora em apreço, a decisão recorrida analisou os questionamentos da Recorrente quanto à validade das provas documentais carreadas aos autos, entendendo que o art. 137 do RPTA/MG havia sido plenamente observado, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO RECORRIDO (Nº. 19.705/10/3ª)

(...)

AS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE ACERCA DA FRAGILIDADE DA AMOSTRA DA INFRAÇÃO TRAZIDA AOS AUTOS PELO FISCO, TAMBÉM NÃO SE SUSTENTAM, UMA VEZ QUE O ART. 137 DO RPTA (DECRETO Nº. 44.747/08) ESPECIFICA APENAS QUE ELA DEVERÁ SER SIGNIFICATIVA EM RELAÇÃO AO UNIVERSO, PORÉM, NÃO DETERMINA OBJETIVAMENTE QUAL DEVERÁ SER O SEU TAMANHO.

ADEMAIS, DISPONDO A IMPUGNANTE DE TODAS AS INFORMAÇÕES RELACIONADAS COM A IRREGULARIDADE ORA EM EXAME, CONSTANTE DAS PLANILHAS EXISTENTES NO CD – FLS. 34 (CUJA CÓPIA LHE FOI ENTREGUE JUNTAMENTE COM O AI), ALÉM DAS CÓPIAS DAS PRIMEIRAS E ÚLTIMAS PÁGINAS DE CADA PLANILHA, FLS. 39/219 DOS AUTOS, A AMOSTRA DA INFRAÇÃO PELO FISCO, NESTE CASO, ESTÁ PLENAMENTE CARACTERIZADA.

(...)

Diante disso, reputa-se não 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.

Via de consequência, não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Assim, pelos fatos e fundamentos expostos, deve ser mantida a decisão recorrida.

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 de cabimento. Pelo Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Saulo Vinícius de Alcântara e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Maria de Lourdes Medeiros e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 03 de dezembro de 2010.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**André Barros de Moura
Relator**

ABM/EJ

CC/MIG