

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.047/11/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 02.000215509-95
Impugnação: 40.010128703-74
Impugnante: União Química Farmacêutica Nacional S/A
CNPJ: 60.665981/0006-22
Coobrigado: União Química Farmacêutica Nacional S/A
IE: 152775526.00-36
Proc. S. Passivo: Thaís Barros Mesquita/Outro(s)
Origem: P.F/Capetinga - Passos

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO - DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO – ITINERÁRIO - NOTA FISCAL ELETRÔNICA - SIMULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA. Constatado o transporte de medicamentos desacobertados 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.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre transporte de mercadorias (medicamentos) provenientes de outra Unidade da Federação (Distrito Federal), relacionadas no Auto de Apreensão e Depósito nº 003886 de 08/09/10, desacobertas de documentação fiscal.

No ato da abordagem foram apresentados os DANFES nºs 16156, 16161, 16209, 16210, 16211, 16213, 16218, 16238, 16246 e 16247, nos quais figura como emitente a empresa União Química Farm.Nacional SA IE nº 525775526.02-94 e CNPJ nº 60.665981/0005-41 estabelecida no endereço Estrada Velha do Aeroporto, nº105 em Pouso Alegre MG.

Esses documentos foram desconsiderados por não corresponder à real operação. Após o início da ação fiscal, foram apresentados os DANFES nºs 91789, 91803, 91797, 91788, 91790, 91754, 91831, 91792, 91823 e 91832, também desconsiderados pelo mesmo motivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, multa de revalidação 100% (cem por cento), e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) devido à constatação de reincidência, prevista no art. 53, § 7º da mesma lei.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 67/84. Argumenta, em síntese que:

- o Auto de Infração é nulo por falta de requisitos formais de validade, qual seja, a falta de capitulação legal da penalidade aplicada;

- as notas fiscais foram imotivadamente desconsideradas visto que não preenchem os requisitos legais para serem consideradas inidôneas e, a mera presunção fiscal não é suficiente para tanto;

- a Fiscalização mineira é incompetente para a cobrança de ICMS da operação realizada em Brasília, eis que o fato gerador da obrigação tributária ocorreu em Brasília;

- mesmo que se admita a competência da Fazenda do Estado de Minas Gerais, a alíquota aplicada resta incorreta, visto que se trata de operação interestadual, não podendo aplicar a alíquota interna;

- não houve falta de cumprimento de obrigação principal, tendo em vista que o tributo em ambas as operações, Brasília e Pouso Alegre, foram devidamente recolhidos;

- não havendo falta de recolhimento do tributo, não deve ser aplicada nenhuma penalidade de multa e majorações relativas à falta de cumprimento de obrigação principal, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado;

- se houve alguma infração à legislação tributária mineira, esta foi relacionada à falta de cumprimento de obrigação acessória, emissão de nota de remessa por conta e ordem sem a tributação do ICMS, a qual enseja como penalidade apenas a aplicação de multa isolada.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 269/281, refuta as alegações da defesa.

Requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 285/293, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pela procedência 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 esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da alegação de nulidade do Auto de Infração

De início a Impugnante sustenta que o Auto de Infração é nulo por falta de requisitos formais de validade, sob o pretexto de inexistência da capitulação legal relativa à penalidade aplicada.

No que concerne ao aspecto formal da constituição do crédito tributário é de se notar que o Auto de Infração descreve com clareza a infração praticada, identifica os artigos infringidos e demonstra os valores do crédito tributário exigido, portanto presentes os requisitos previstos no art. 89 do RPTA aprovado pelo Decreto n° 44.747/2008.

Consta do “Relatório” do Auto de Infração que a autuação foi motivada por transporte de mercadorias desacobertadas de nota fiscal uma vez que os DANFES, nota fiscal eletrônica apresentados à fiscalização de trânsito foram desclassificados.

No que tange à infringência, verifica-se que a ação fiscal fundamenta-se, sobretudo no art. 39, § 1° da Lei n° 6.763/75, estando a desclassificação dos documentos respaldada no art. 149, inciso IV do RICMS/02. Com relação à penalidade aplicada, a mesma está prevista no art. 55, inciso II da Lei n° 6.763/75.

Nesse aspecto, reportando-se às fls. 02/03 constata-se que as capitulações referentes às infringências e penalidades encontram-se devidamente identificadas.

Com efeito, o fato de o Sujeito Passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, inexistem os vícios materiais arguidos, devendo ser afastada a prefacial.

Do Mérito

Constatou-se, em ação fiscal desenvolvida no trânsito pelo Posto de Fiscalização situado na Rod. MG 444, KM 18, no Município de Capetinga-MG, em 08/09/10, o transporte de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária (medicamentos) provenientes do Distrito Federal, desacobertadas de documentação fiscal.

Foi eleito Sujeito Passivo da autuação na condição de Autuado, o remetente das mercadorias e emitente estabelecimento situado em Brasília-DF, e na condição de Coobrigado o Transportador das mercadorias, estabelecimento pertencente ao mesmo Grupo empresarial.

Compõem o Auto de Infração os seguintes documentos:

- Autos de Retenção de Mercadorias – ARM n° 10/0751/00015 e ARM n° 10/0751/00016 (fls.06/07 e 08/09);
- Auto de Apreensão e Depósito – AAD n° 003886 de 08/09/10, e Anexo com a relação das mercadorias apreendidas (fls.10/13);
- Auto de Apreensão e Depósito – AAD n° 003885 de 08/09/10 relativo à apreensão dos DANFES (fls.14);
- Vias originais do “Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica” – DANFES (NF-e) desclassificados (fls.15 a 24 e 25 a 34);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Em 04 de Setembro de 2010, no momento da abordagem no Posto de Fiscalização de Capetinga (sentido São Paulo - Minas Gerais) foram apresentados os DANFES nºs 16156, 16161, 16209, 16210, 16211, 16213, 16218, 16238, 16246 e 16247, relativos à venda de mercadorias da “União Química Farmacêutica Nacional S.A” (empresa do mesmo grupo da Autuada) CNPJ 60.665.981/0005-41 I.E 5257755260294 sediada na Estrada Velha do Aeroporto, nº105 em Pouso Alegre-MG, com destino à “BH LOG Distribuidora de Medicamentos Farma. Ltda.” CNPJ 11.442.931/0001-66, I.E. 001.530514.00-80, sediada à Rua Simão Tamm 285 - em Belo Horizonte-MG (fls.15/24).

Questionado sobre o local de carregamento dos medicamentos, uma vez que o local da abordagem era totalmente incompatível com o trajeto a ser percorrido, caso as mercadorias em questão realmente tivessem saído da “Empresa União Química Farmacêutica Nacional S.A” de Pouso Alegre-MG, o condutor relatou que havia saído de Brasília-DF, daí a explicação para estar naquele horário e local no Posto de Fiscalização de Capetinga/MG.

A par das informações prestadas pelo motorista e da análise documental até então apresentada, a Fiscalização concluiu pela desconsideração dos respectivos DANFES por total descolamento da situação fática e a documentação apresentada.

Após ser informada da situação a Autuada fez contato com o Posto de Fiscalização afirmando que o motorista equivocou-se ao apresentar os DANFES de “Venda”, e esclareceu que os DANFES corretos se encontravam no veículo transportador, referindo-se aos documentos de transferência das mercadorias da Autuada (situada em Brasília-DF) para a União Química de Pouso Alegre MG, operação esta que seria a verdadeira operação mercantil ora em análise.

Os documentos fiscais em questão são os de nºs 91789, 91803, 91797, 91788, 91790, 91754, 91831, 91792, 91823 e 91832, nos quais consta como remetente, União Química Farmacêutica Nacional SA CNPJ 60.665.981/0006-22 e IE 073.71588.002-69 sediada no CJ 11, lotes 6 a 12, S/N TRECHO 1 em Brasília-DF (Autuada), e destinatário a União Química Farm. Nacional SA de Pouso Alegre-MG (fls.25/34).

Verifica-se que os DANFES de transferência (fls.25/34) correspondem ao mesmo conjunto de mercadoria descrito nos DANFES de venda (fls.14/24), tanto quantitativamente quanto qualitativamente.

Dessa nova perspectiva foi constatada a existência de dois conjuntos de DANFES (um de venda e outro transferência) representando a mesma carga contida no mesmo veículo transportador (EBG-9053 SP). Confirme-se:

DANFE TRANSF.	EMISSÃO	SAÍDA	HORA	DANFE VENDA	EMISSÃO	SAÍDA	HORA
---------------	---------	-------	------	-------------	---------	-------	------

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

91789	03/09/2010	03/09/2010	22:57	16210	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91803	03/09/2010	03/09/2010	22:59	16218	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91797	03/09/2010	03/09/2010	23:28	16161	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91788	03/09/2010	03/09/2010	23:28	16209	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91790	03/09/2010	03/09/2010	22:59	16211	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91754	03/09/2010	03/09/2010	22:57	16156	03/09/2010	03/09/2010	23:54
91831	03/09/2010	03/09/2010	22:58	16246	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91792	03/09/2010	03/09/2010	23:42	16213	03/09/2010	03/09/2010	23:54
91823	03/09/2010	03/09/2010	23:43	16238	03/09/2010	03/09/2010	23:55
91832	03/09/2010	03/09/2010	23:43	16247	03/09/2010	03/09/2010	23:54

A tabela justapõe os DANFES de transferência com os respectivos DANFES de venda demonstrando a data de emissão, a data de saída e o horário da saída das mercadorias.

Por meio da análise individual dos documentos verifica-se que as quantidades e espécies dos produtos constantes nos DANFES são exatamente as mesmas tanto na operação de transferência quanto na venda, muito embora discrepantes os valores totais relativos a cada uma das operações, fato que confirma a informação da Autuada.

Prosseguindo na análise dos documentos de transferência e de venda, chega-se à absurda conclusão de que a mercadoria saiu de Pouso Alegre-MG e de Brasília-DF ao mesmo tempo, embarcada no mesmo veículo transportador (EBG-9053/SP e mesmo lacre nº 39681) para alcançar destinos também diferentes, como se a distância de 1085 km entre Brasília/DF e Pouso Alegre/MG pudesse ser transposta na exígua diferença de tempo apontada nos respectivos DANFES e os mesmos se ajustassem à realidade fática ora em análise.

Verifica-se através da minuta de despacho de mercadorias nº 249.071, pág. 35 (Venda) e as minutas de transferência (249.059-249.069-249.068-249.063-249.064-249.062), que o lacre citado em ambas é o de nº 39681, ou seja, o lacre colocado em Brasília/DF é o mesmo lacre que acompanharia o veículo até o destino final que é a empresa BH Log de Belo Horizonte-MG.

Esse fato comprova que a mercadoria seguiria diretamente de Brasília/DF para Belo Horizonte/MG sem passar por Pouso Alegre-MG, situação essa reconhecida pela Impugnante.

Depreende-se que, na realidade, trata-se de operação de venda direta realizada pela Autuada (estabelecida em Brasília) à BH LOG DISTR DE MED FARMA LTDA. situada em Belo Horizonte/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que os dois conjuntos DANFES 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 desacobertadas as mercadorias representadas nos DANFES de Venda e Transferência citados acima. Confira-se:

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

(...)

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. (grifou-se)

No caso, ocorreu o transporte de medicamentos sujeitos à Substituição Tributária de âmbito interno, uma vez que a origem dos produtos é o Distrito Federal, e este, não possui convênio ou protocolo com Minas Gerais na área de produtos farmacêuticos.

Registra-se que esse fato é o principal motivo para a realização da simulação de transferência entre a Autuada (situada em Brasília-DF) e a União Química de Pouso Alegre-MG. Anote-se também que o mecanismo utilizado pela Autuada (ficção contábil) resulta em recolhimento menor a título de substituição tributária para o Estado de Minas Gerais.

Relevante destacar que a simulada triangulação na venda das mercadorias entre as empresas envolvidas (União Química de Brasília, União Química de Pouso Alegre e a BH LOG Distribuidora de Belo Horizonte) resultaria nos seguintes efeitos tributários:

1- na transferência de produtos entre a União Química de Brasília e a União Química de Pouso Alegre seria inaplicável a substituição tributária, pois obviamente se trata de uma transferência entre estabelecimentos do industrial fabricante e esta é uma das hipóteses de inaplicabilidade da substituição tributária, consoante o inciso III do art. 18 do Anexo XV do RICMS/02.

2 - na operação de venda entre a União Química de Pouso Alegre e a empresa BH LOG Distribuidora ocorreria a retenção da ICMS-ST nos respectivos DANFES, já que se trata de uma operação mercantil no âmbito interno do Estado de Minas Gerais.

Quanto à base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, na hipótese do item 2 acima, seria utilizada a margem de valor agregado como definido no inciso I do art. 59 do capítulo IX do anexo XV do RICMS/02, uma vez que a União Química Farmacêutica Nacional S.A de Pouso Alegre (CNPJ 60.665.981/0005-41) é o industrial fabricante dos respectivos medicamentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Noutro giro, perscrutando o art. 59 do capítulo IX do Anexo XV do RICMS/02, mais especificamente o inciso II do referido artigo, observa-se que quando o remetente dos medicamentos é contribuinte não fabricante, a base de cálculo do ICMS/ST a ser utilizada é o preço máximo de venda a consumidor final divulgado por entidade representativa do segmento econômico, no caso, a Tabela ABC FARMA.

Foi justamente para evitar a utilização da Tabela ABC FARMA que a Autuada realizou a simulação das operações acima descritas (transferência e venda), pois o valor a ser recolhido a título de ICMS-ST com a MVA (contribuinte fabricante) é muitíssimo inferior ao valor que seria recolhido a título de ICMS-ST utilizando a Tabela ABC FARMA (contribuinte não fabricante) e com esse mecanismo colocaria os produtos no mercado mineiro a preços mais competitivos.

Salienta-se que a Autuada tem como atividade principal o “Comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano”, portanto, é contribuinte não fabricante, e nessa condição, para o cálculo da substituição tributária a ser recolhida em nome do destinatário (entrada no Estado), estaria obrigada a utilizar os preços constantes na Tabela ABC FARMA (PMC). Confira-se os dados cadastrais reproduzidos na Manifestação Fiscal às fls.277.

Não se sustenta a alegação da Impugnante de que o Fisco mineiro extrapolou os limites de sua competência ao autuar contribuinte regularmente inscrito no Estado do Distrito Federal.

Sabe-se que Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), ao tratar do aspecto espacial da hipótese de incidência do ICMS, estabelece que a cobrança do imposto de mercadoria em situação irregular se dá no local onde for constatada a irregularidade. Veja:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária.

Acrescenta-se que em consonância com o que determina a legislação federal, a Lei nº 6.763/75 em seu art. 33, § 1º, assim preceitua:

Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) Tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d - onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação falsa ou inidônea, conforme dispuser o Regulamento;

Tem-se que, no caso, a mercadoria foi encontrada em situação irregular (simulação de transferência) no município de Capetinga, Estado de Minas Gerais. Portanto, não restam dúvidas de que o este Estado é o Sujeito Ativo da relação tributária.

Também não procede a tese da Impugnante de que a figura jurídica aplicada ao caso se relaciona à venda com “entrega por conta e ordem”, e que, se houve alguma infração à legislação tributária mineira, esta se configuraria pela falta de cumprimento de obrigação acessória, qual seja, emissão de nota de remessa por conta e ordem sem a tributação do ICMS, que ensejaria como penalidade apenas a aplicação de multa isolada.

Conforme observado na Manifestação Fiscal, a operação “venda à ordem” ocorre quando o vendedor aguarda a ordem do comprador designando em qual dos estabelecimentos deverá ser entregue a mercadoria. Nessa situação a operação envolve três agentes: o “vendedor remetente”, o “adquirente originário” e o “destinatário”. Nesse caso, o primeiro entrega a mercadoria, o segundo vende o produto ao destinatário e o terceiro recebe a mercadoria do “vendedor remetente” por ordem do “adquirente original”, conferindo, assim, uma característica triangular a essa operação.

Nesse contexto, obviamente a argumentação da Impugnante revela a tentativa de ajuste oportunístico para contornar os efeitos tributários de sua operação comercial.

No caso de venda à ordem ocorrem duas operações de venda da mercadoria, e se fosse esse o caminho escolhido pela Autuada deveria haver na operação o recolhimento da substituição tributária de âmbito interno na entrada da mercadoria no Estado de Minas Gerais utilizando como observado anteriormente a Tabela ABC FARMA.

Portanto, é certa a afirmação de que o intuito da Impugnante era o de simular a transferência de mercadorias para a União Química de Pouso Alegre-MG, deixando de utilizar como base de cálculo da substituição tributária a Tabela ABC FARMA, para aplicar a Margem de Valor Agregado (por ser mais benéfica).

Na verdade, o real remetente das mercadorias (estabelecimento autuado situado em Brasília DF) tinha como objetivo o recolhimento menor do ICMS/ST (devido a Minas Gerais), e que para atingir o desiderato utilizou a simulação de transferência (do estabelecimento autuado situado em Brasília/DF para o de Belo Horizonte/MG).

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.

Em face da constatação de reincidência, caracterizada pela prática de nova infração idêntica a apurada no PTA 02.000214912-63 (de responsabilidade do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento situado em Pouso Alegre-MG, IE: 525.775526.02-94), conforme § 7º, art. 53, a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55, todos da Lei nº6763/75, foi majorada em 50% (cinquenta por cento).

Naquela ação fiscal foi constatado o transporte de mercadoria desacobertado, cujas exigências foram objeto de parcelamento.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento.

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, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 04 de maio de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**

Jld/ml