

Acórdão: 16.742/04/3ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112176-42
Impugnante: Lacerda Atacadista Ltda.
PTA/AI: 01.000143333-23
Inscr. Estadual: 134.983038.00-00
Origem: DF/Manhuaçu

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Falta de apresentação de documento solicitado pelo Fisco. Descumprimento da obrigação prevista no artigo 96, inciso IV, do RICMS/02. Portanto, legítima é a aplicação da penalidade capitulada no artigo 54, inciso VII, agravada pela reincidência prevista no artigo 53, § 7º, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PRODUTO FARMACÊUTICO - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, nas aquisições de produtos farmacêuticos de estabelecimento de outra unidade da Federação. Infração caracterizada nos termos do artigo 237, anexo IX, do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - AQUISIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, vez que decorrentes de mercadorias adquiridas de empresas EPP. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Aos 24 de setembro de 2003, tiveram início os trabalhos de fiscalização do estabelecimento em epígrafe, relativamente ao período de 01.01.2000 a 31.12.2002.

Findos estes, foi constatado que o contribuinte:

- adquiriu fio e fita dental, sem retenção/pagamento de ICMS/ST;
- apropriou-se de crédito de ICMS incorretamente destacado em notas fiscais emitidas por empresas EPP – setor varejo;
- o contribuinte não atendeu a intimação para entrega de arquivo magnético. O arquivo foi entregue em 02.05.2003 – reincidente nesta infração.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi, então, lavrado o competente Auto de Infração, para cobrar ICMS, ICMS/ST, MR, MI (53, III e §7º; 54, VII) e juros de mora. Considerou-se que houve infringência dos seguintes dispositivos:

- Lei nº 6763/75: artigos 16, incisos III, VI, IX e XIII; e 30;
- Lei complementar nº 87/96: art. 23;
- RICMS/96 aprovado pelo Decreto Estadual nº 38104/96: artigos 68 e 184 da parte geral; e artigos 237, XIII, §1º- item 4, e §2º; 239, §1º - item 2, do Anexo IX;
- RICMS/02 aprovado pelo Decreto Estadual nº 43080/02: art. 176 da parte geral e artigo 39 do Anexo VII.

Instruíram-no os documentos de fls. 02 a 03, 07 a 51.

Não se conformando com a imputação fiscal, a Autuada apresenta, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 54 a 60.

No tocante à primeira irregularidade, aquisição de mercadorias sem retenção de ICMS/ST, sustenta que nem todas as mercadorias adquiridas através das notas fiscais 03557, 0416, 0523 e 0542, estão sujeitas à substituição tributária progressiva.

Argumenta, ainda, que as mercadorias sujeitas a substituição tributária foram normalmente tributadas, no momento da saída.

Quanto à apropriação de créditos de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por EPP do setor varejo, destaca que as empresas emitentes das notas fiscais questionadas não são inscritas, como empresas de pequeno porte, para fins de ICMS; estando sujeitas ao regime de débito e crédito.

Pondera que a Lei nº 13.437/99 não veda o aproveitamento do crédito, mas o mero destaque.

Acrescenta que não pode ser negado o direito ao aproveitamento do crédito de nota fiscal idônea.

Acrescenta que, “sendo o incentivo fiscal concedido pelo Estado de Minas Gerais a seus contribuintes, sem a observância do art. 155, §2º, XII-g, ou seja, mediante convênio do Confaz, o mesmo é ilegal e inconstitucional, como, aliás, reconhece a própria Secretaria Estadual da Fazenda na Resolução n.º 3166/2001, atualizada pela Resolução n. 3209/01. Portanto, se a concessão do benefício é ilegal, o destaque do imposto e seu creditamento se impõe, e injurídica se encontra a autuação ora hostilizada”.

Alternativamente à desconstituição do crédito, pede a exclusão da multa e juros, por não estarem presentes a culpa ou o dolo, na prática da infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Junta os documentos de fls. 61 a 63 e 90 a 99.

O Fisco se manifesta a fls. 69 a 75. Pede a manutenção parcial do crédito, conforme reformulação de fl. 75.

Anexa os documentos de fls. 74 a 87.

A empresa autuada foi devidamente notificada da reformulação.

DECISÃO

O processo tributário administrativo *sub judice* decorre de trabalho de fiscalização em estabelecimento, relativamente ao período de 01.01.2000 a 31.12.2002.

Conforme relatório do Auto de Infração então lavrado, foram constatadas as seguintes irregularidades:

- 1 - aquisição de fio e fita dental, sem retenção/recolhimento de ICMS/ST;
- 2 - apropriação de crédito indevidamente destacado em notas fiscais emitidas por empresas de pequeno porte – EPP – setor varejo; e
- 3 - falta de atendimento à intimação para entrega de arquivo magnético.

No tocante à terceira infração, consta do Relatório que o contribuinte é reincidente na infração e que o mesmo entregou os documentos requeridos em 02.05.2003.

Analisar-se-á o Auto de Infração através das irregularidades nele apontadas:

1. entrada de mercadoria sem retenção/recolhimento de ICMS/ST:

Disponha a parte geral do RICMS/96 que:

Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

§ 1º - Nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.

§ 2º - Igual responsabilidade será atribuída ao destinatário que receber mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que se refere o § 2º do artigo 31 deste Regulamento.

Tal norma era complementada pelo art. 85 do Anexo IX:

Art. 85 - O recolhimento do imposto será efetuado:

(...)

II - relativamente ao imposto devido por substituição tributária:

(...)

c) no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses previstas no item 4 do § 1º do art. 237, no § 1º do artigo 278 e no artigo 374, todos do Anexo IX deste Regulamento

Foram juntadas aos autos cópias das notas fiscais de remessa de mercadoria, sem destaque do imposto devido por substituição tributária, demonstrando-se, assim, a responsabilidade da Autuada e a pertinência da exigência fiscal.

** Relação das notas fiscais emitidas por Hillo Ind. e Com. Ltda., sem destaque e pagamento do ICMS/ST – fl. 09 → cópia dos documentos – fls. 14 a 23.

No entanto, em sua peça impugnatória, a empresa destacou que “nem todas as mercadorias relacionadas nas mencionadas notas fiscais, e constantes da relação de fl. 09 dos autos, comportam a exigência do ICMS em razão de substituição tributária.

É que, em relação às Notas Fiscais de n.ºs 03557 (fl. 16), 0416 (fl. 17), 0523 (fl. 20) e 0542 (fl. 22), fazem parte das mercadorias adquiridas o condutor de fio dental, mercadoria esta que não se encontra dentre aquelas relacionadas no artigo 237 do Anexo IX do RICMS revogado”.

Com efeito, tão-somente as mercadorias expressamente especificadas em referido anexo podem ser objeto de exigência fiscal por substituição tributária.

O condutor de fio dental sofre tributação normal, no momento da sua saída do estabelecimento mineiro.

O fiscal autuante, reconhecendo tal fato, excluiu do crédito tributário os valores referentes a esta mercadoria.

A Impugnante argumenta, ainda neste tópico, que as mercadorias sujeitas a substituição tributária foram normalmente tributadas, no momento da saída, razão pela qual “o imposto então pago deve ser estornado e ser refeita a conta gráfica, para que não haja dupla incidência”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A legislação mineira estabelece, como visto alhures, que o ICMS seja retido/recolhido pelo alienante, no momento da remessa dos produtos arrolados. Não abre a possibilidade do contribuinte mineiro optar por não adotar o regime de substituição tributária.

Permiti-lo geraria o caos fiscalizatório.

As normas jurídicas representam imperativos hipotéticos e, como tais, expressam comandos e têm conteúdo sintático heterônomo de observância obrigatória.

A reiterada violação de uma norma jurídica não caracteriza a sua ineficácia, vez que o contribuinte, a quem ela se dirige, não pode atestar a eficácia da norma. A violação gera a consequência descrita pela norma ou pelo ordenamento jurídico, pois a sua produção tem como escopo obrigar, permitir ou atribuir competência, estabelecendo um dever ser baseado nos valores positivados.

Sendo ela uma prescrição, um imperativo hipotético, não é facultado ao contribuinte o cumprimento ou não de determinada ordem.

Menciona-se, a título argumentativo, que a obediência às normas legislativamente impostas é de suma importância à manutenção da soberania.

De modo geral, a noção de soberania corresponde à efetividade da força, pela qual determinações de autoridade são observadas, no âmbito interno. Do ponto de vista externo, no confronto das soberanias, corresponde à não-sujeição a determinações de outros centros normativos. É, em síntese, o caráter originário e independente da capacidade de determinar, num âmbito definido de atuação, a relevância ou a irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue.

No direito contemporâneo, afirma-se que soberana é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos seus entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados de *jus imperii*.

Não existe soberania limitada ou opcional. Ou o Estado é soberano ou não o é. E, sem soberania, não existe Estado, pois a abdicação do poder de autoconstituição e autogoverno significa a corrosão do próprio fundamento do Estado.

Retornando à matéria fática do processo, na hipótese de realmente ter sido efetuado o recolhimento do imposto estadual, nas saídas das mercadorias fio e fita dental, objetos da presente atuação, caberá ao contribuinte o direito à restituição, através do competente requerimento administrativo.

2. apropriação de créditos de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por EPP do setor varejo:

A Lei Estadual n.º 13.437/99 prescreve a vedação ao destaque de ICMS, em documentos fiscais emitidos por EPP – setor varejo. E, por via de consequência, o seu aproveitamento como crédito, pelo adquirente da mercadoria/produto/serviço.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 13 - O regime previsto nesta lei será adotado opcionalmente pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de apuração do ICMS, vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais que emitir, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo.

§ 1º - Exercida a opção prevista no caput deste artigo, o regime adotado será aplicado a todos os estabelecimentos do mesmo contribuinte, vedada a alteração antes do término do exercício, ressalvadas as hipóteses de desenquadramento previstas no art. 16 e, mediante requerimento do interessado, por concessão fundamentada da autoridade fazendária.

§ 2º - Na hipótese de desenquadramento a pedido do interessado, fica vedado o reenquadramento no mesmo exercício de sua ocorrência.

§ 3º - É permitido o destaque do imposto:

I - ao estabelecimento industrial de empresa de pequeno porte, incidente nas operações com produtos destinados a contribuintes do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 12 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, sobre o valor da operação;

II - na forma e nas condições estabelecidas em regulamento, nos casos não previstos no inciso I.

Consta do PTA a relação das notas fiscais destinadas à Autuada, com destaque indevido de ICMS (emitentes: Manipulação de Cosméticos Ltda. – EPP e LC Fragâncias Ltda. – EPP) – fl. 10 → cópia das notas – fls. 34 a 42. Observa-se que o valor do ICMS destacado não foi incluído no valor da nota fiscal.

Foram anexadas cópias do livro Registro de Entradas – fls. 24 a 33 (anotado como operações sem crédito) e 43 a 51 (demonstra o creditamento - EPP).

A Impugnante defendeu seu direito ao crédito sob o argumento de que:

“o EPP que faz acompanhar o nome comercial das emitentes das notas fiscais glosadas pela fiscalização significam apenas que as mesmas são consideradas empresas de pequeno porte para fins da Lei n. 9841/99, na forma de seu art. 2º, I, c/c art. 7º.

Por isso, o fato de as empresas emitentes das notas fiscais referenciadas serem consideradas empresas de pequeno porte, no âmbito federal, para os fins da Lei 9841/99, não demonstra ser a mesma automaticamente inscrita nesta mesma disciplina para fins do ICMS, cujos atributos e condições são totalmente diversos da lei federal e encontram-se previstos na Lei Estadual nº 13.437/99 e no Anexo X do atual RICMS”.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressaltou que, em consulta ao sistema SINTEGRA, pôde constatar serem as empresas emitentes sujeitas ao regime normal de pagamento do imposto estadual, sendo destacado em tais informações que: ‘o documento fiscal emitido por esta inscrição gera crédito ao destinatário(docs. de fls. 61 a 62).

Equivoca-se a empresa impugnante.

Em ‘Consulta de Regimes de Recolhimento do Contribuinte’ – SICAF/MG, realizada no dia 24.11.2004, verificou-se:

- para a empresa Manipulação de Cosméticos Ltda.,
 - até 27.12.1994: Cod. Regime = 26 – Empresa de Pequeno Porte – indústria;
 - entre 27.12.1994 e 20.02.1998: Cod. Regime = 01 – Débito e Crédito;
 - entre 20.02.1998 e 31.12.1999: Cod. Regime = 34 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 2;
 - entre 31.12.1999 e 31.03.2000: Cod. Regime = 35 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 3;
 - entre 31.03.2000 e 30.09.2003: Cod. Regime = 44 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 3;
 - entre 30.09.2003 e 31.10.2003: Cod. Regime = 45 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 4; e
 - a partir de então: Cod. Regime = 46 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 5.
-
- para a empresa LC Fragrâncias Ltda.,
 - até 30.09.2003: Cod. Regime = 44 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 3;
 - entre 30.09.2003 e 31.12.2003: Cod. Regime = 45 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 4; e
 - atualmente: Cod. Regime = 46 – Empresa de Pequeno Porte – faixa 5.

Ambas empresas estavam devidamente cadastradas no Micro Geraes, no período da autuação.

Acresce-se que tais empresas não se enquadravam nas ressalvas do §3º do art. 13 da Lei 13.437/99, anteriormente transcrito, nem nas condições estabelecidas pelo RICMS/96, Anexo X, art. 18, §2º itens 1 e 2, que permitem às empresas de pequeno porte que sejam fabricantes ou atacadistas ou distribuidores destacar o ICMS nas notas fiscais que emitem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É o que testemunham as telas do SICAF – Consulta de Histórico de CAE, de 24.11.2004:

- Manipulação de Cosméticos Ltda.:
- até 02.10.1992: 22 1 1 99 8 → industrial;
- entre 02.10.1992 e 10.12.1998: 22 1 0 00 2 → industrial;
- entre 10.12.1998 e 31.10.2003: 41 2 1 20 1 → varejista; e
- atualmente: 22 1 0 00 2 → industrial.
- LC Fragrâncias Ltda.:
- 41 2 1 20 1 → varejista.

Percebe-se, portanto, que, no período autuado, a estas empresas era vedado o destaque do imposto estadual.

Pondera a Impugnante que o art. 13 da Lei 13.437/99 veda o destaque do imposto – obrigação dirigida ao emitente -, não o aproveitamento do crédito; e, ainda, que a hipótese não consta das exceções constitucionais ao direito de crédito.

Entende que não pode ser negado o direito ao aproveitamento do crédito de nota fiscal que não contém qualquer inidoneidade a maculá-la.

Ora, nenhuma razão assiste a ela. Veja-se.

Disponha o RICMS/96 que:

Art. 68 – O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação.

E seu Anexo X especifica que:

Art. 18 – A empresa de pequeno porte deverá:

(...)

§ 1º – Nos documentos fiscais que emitir deverão constar, impressos tipograficamente, a expressão "não gera direito a crédito", ressalvado o disposto no parágrafo seguinte, e, após o nome comercial, a abreviatura "EPP".

Se as operações realizadas por micro-empresas e empresas de pequeno porte – varejo não geram crédito de ICMS, claro está que o mesmo não foi “corretamente cobrado e destacado no documento fiscal”.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que o art. 16, X, da Lei 6763/75, exige, nas operações comerciais, a exibição da ficha de inscrição. Se tal norma tivesse sido observada, o contribuinte saberia que as notas fiscais autuadas não geravam crédito de ICMS; pois, esta ficha contém o regime de recolhimento adotado pelo possuidor do documento.

Nada há a se falar acerca da acusação de inconstitucionalidade/ilegalidade do incentivo fiscal concedido pelo Estado de Minas Gerais. A um, por estar previsto, na Carta Magna, o tratamento diferenciado das médias e pequenas empresas; a dois, por não competir a este Conselho a negativa de vigência a ato ou norma estadual.

3. não atendimento à intimação para entrega de arquivo magnético:

Consta do Auto de Infração que o referido arquivo foi entregue em 02.05.2003 e que foi constatada reincidência nesta infração.

A empresa não protestou contra tal acusação.

Foi lavrado Termo de Intimação para entrega dos arquivos magnéticos (fl. 12), pelo qual foi concedido prazo de 05 dias úteis.

A exibição obrigatória de documentos está prevista na lei estadual 6763/75:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte

Mais detalhadamente, reza o Anexo VII do RICMS/02 que:

Art. 39 - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e o arquivo eletrônico de que trata este Anexo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico.

Correta, pois, a exigência de multa isolada pelo descumprimento da obrigação acessória.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 77/79. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Luiz Fernando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Castro Trópia.

Sala das Sessões, 24/11/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ

CC/MG