

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.228/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000157872-21
Impugnação: 40.010124520-92
Impugnante: Drogamaxi Ltda - ME
IE: 062357164.00-89
Proc. S. Passivo: Amaury Rausch Mainenti
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTO/COSMÉTICO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – AQUISIÇÃO DE OUTRO ESTADO – EXTRAVIO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA. Constatou-se que a Autuada extraviou notas fiscais de aquisições de medicamentos e cosméticos originárias de contribuintes estabelecidos em outros Estados, não registradas, implicando em falta de recolhimento do ICMS/ST pelas saídas subsequentes. Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada em parte, em face da presunção de entrada desacobertada prevista no inciso I, do parágrafo único do art. 51 da mencionada lei, devendo-se adotar, para a proporção de medicamentos genéricos, a alíquota de 12% (doze por cento), bem como excluir a multa isolada em face da conexão existente, ensejando aplicação de apenas uma regra sancionatória. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se que a Autuada extraviou notas fiscais de aquisições de medicamentos e cosméticos emitidas por fornecedores estabelecidos em outros Estados, os quais eram detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido a este Estado. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75. Exclusão da mencionada multa isolada em face da conexão existente entre as saídas desacobertadas apuradas mediante presunção de entradas e saídas, ensejando aplicação de apenas uma regra sancionatória. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se que a Autuada extraviou notas fiscais de aquisições de mercadorias, não sujeitas ao regime de substituição tributária, originárias de fornecedores localizados em outras Unidades da Federação. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75. Exclusão da mencionada multa isolada em face da conexão existente entre as saídas desacobertadas apuradas mediante presunção de entradas e saídas, ensejando aplicação de apenas uma regra sancionatória. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatou-se que a Autuada deixou de registrar a entrada e saída de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (medicamentos e cosméticos), adquiridas de outras Unidades da Federação. Legítima a presunção de saídas desacobertadas de

documentação fiscal por força das disposições do art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da referida lei, que deve ser adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da citada lei, no tocante aos medicamentos genéricos comercializados. Correta, em parte, a exigência fiscal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatou-se que a Autuada deixou de registrar a entrada e saída de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (medicamentos e cosméticos), adquiridas de fornecedores localizados em outras Unidades da Federação, os quais eram detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido a este Estado. Legítima a presunção de saída desacobertada de documentação fiscal por força das disposições do art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da referida lei, que deve ser adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da citada lei, no tocante aos medicamentos genéricos comercializados. Exigência parcialmente mantida.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatou-se que a Autuada deixou de registrar a entrada e saída de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, adquiridas de fornecedores localizados em outras Unidades da Federação. Legítima a presunção de saída desacobertada de documentação fiscal por força das disposições do art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

MICRO GERAES – EMPRESA DE PEQUENO PORTE – ALTERAÇÃO DE FAIXA. Constatou-se que a Autuada manteve-se indevidamente classificada em faixa inferior a da efetiva receita bruta do regime de EPP (MICRO GERAES), em virtude da falta de inclusão de receita proveniente de vendas de mercadoria não registradas. Exigências de ICMS e multa de revalidação. Infração caracterizada. Mantidas as exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada, apontadas no Auto de Infração acostado às fls. 1.477 a 1.479:

1 – extravio de notas fiscais de aquisições de mercadorias, sujeitas a substituição tributária, com ICMS/ST devido na entrada, no período de 01/01/04 a 30/11/06, implicando falta de recolhimento do ICMS/ST devido pelas operações de saídas subsequentes, conforme demonstrado no Anexo I-a. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada. Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação e MI capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75;

2 – extravio de notas fiscais de aquisições de mercadorias, sujeitas a substituição tributária, recebidas de fornecedores detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido, no período de 03/04 a 12/05, conforme demonstrado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no Anexo I-b. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada. Exigência da MI capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75;

3 – extravio de notas fiscais de aquisições de mercadorias, não sujeitas a ST, no período de 01/01/04 a 31/12/05, conforme demonstrado no Anexo I-c. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada. Exigência da MI capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75;

4 – saídas de mercadorias, sujeitas a ST, com ICMS devido na entrada, no período de 01/01/04 a 30/11/06, desacobertas de documentação fiscal, conforme demonstrado no Anexo I-a. Irregularidade apurada mediante informações prestadas ao Fisco pelo contribuinte remetente. Exigência da MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, com observância das disposições contidas no § 2º do mencionado artigo;

5 – saídas de mercadorias, sujeitas a ST, recebidas de fornecedores detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido, no período de 03/04 a 12/05, desacobertas de documentação fiscal, conforme demonstrado no Anexo I-b. Exigência da MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75;

6 - saídas de mercadorias, não sujeitas a ST, no período de 01/01/04 a 31/12/05, desacobertas de documentação fiscal, implicando em falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrado no Anexo I-c. Exigência de ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75;

7 – recolhimento a menor de ICMS, no período de 09/04 a 12/04, apurado em recomposição da conta gráfica, por ter se mantido indevidamente classificado em faixa inferior à da efetiva receita bruta do regime de EPP, conforme demonstrado nos anexos II e III. Exigência de ICMS e a MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, impugnação às fls. 1.284/1.335, acompanhada dos documentos de fls. 1.336/1.375.

Mencionada impugnação referia-se às 3 (três) irregularidades apontadas no Auto de Infração original (fls. 03).

O Fisco, em manifestação de fls. 1.380/1.393, refuta as alegações da defesa.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 1.400/1.401, que resulta nas seguintes providências do Fisco: a) manifestação às fls. 1.402; b) reformulação do lançamento às fls. 1.403/1.428; c) juntada de documentos de fls. 1.429/1.467.

Em face da reformulação do lançamento foi dada vista dos autos à Impugnante, fls. 1.468, pelo prazo de 10 (dez) dias.

O Sujeito Passivo se manifesta às fls. 1.473/1.474 solicitando prorrogação do prazo para apresentar petição junto ao processo, em face das disposições contidas no art. 120, § 1º do RPTA (Decreto nº 44.747/08).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atendimento à solicitação do Setor de Saneamento de PTA (AF/BH-2) – fls. 1.475, o Fisco, após análise dos itens do Relatório Fiscal e DCMM, promove nova alteração no crédito tributário e, ainda, emite novo Auto de Infração (documentos de fls. 1.477/1.513).

Em virtude das providências retromencionadas, reabriu-se ao Sujeito Passivo, conforme Ofício AF/BH-2/SPTA/ N.º 050/09 (fls. 1.514) o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do crédito tributário ou aditamento da impugnação.

A Autuada apresenta aditamento à impugnação, fls. 1.516/1.520.

O Fisco novamente se manifesta às fls. 1.522/1.528, esclarecendo sobre a reformulação do trabalho fiscal e lavratura do novo Auto de Infração, além de ratificar os argumentos apresentados às fls. 1.380/1.393.

A Assessoria do CC/MG, novamente nos autos, em parecer de fls. 1.531/1.547, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

1 - Da Prova Pericial

Requer a Impugnante a realização de prova pericial, para se comprovar o real valor agregado utilizado por ela, a fim de se apurar o valor devido a título de ICMS/ST, em relação aos documentos arrolados no Anexo I. Para tanto, formula 04 (quatro) quesitos às fls. 1.332 e 1.334.

De início, cumpre ressaltar que a elaboração dos referidos quesitos pela Impugnante deu-se por ocasião da lavratura do Auto de Infração “original”. Ao aditar a impugnação (fls. 1.516/1.520) a Autuada não alterou os quesitos formulados. Em virtude deste fato a referência ao Anexo I, no pedido da prova pericial (fls. 1.332/1.334), resta prejudicada, uma vez que, no curso do processo, este anexo foi desmembrado em: Anexo I-a, I-b e I-c.

Ressalta-se que a responsabilidade atribuída à Autuada pelo recolhimento do ICMS/ST, após lavratura do novo Auto de Infração, restringe-se às notas fiscais arroladas no Anexo I-a (fls. 1.489/1.504).

Examinando os quesitos supramencionados percebe-se que a perícia requerida é desnecessária ao deslinde da questão, conforme restará demonstrado.

Os quesitos 1, 2 e 3 objetivam demonstrar qual seria o ICMS/ST devido, no tocante aos produtos descritos nas notas fiscais arroladas no Anexo I, levando-se em consideração as regras estabelecidas pela Autuada nos 03 quesitos.

Entretanto, as apurações do ICMS/ST, nas formas propostas pela Impugnante se encontram em desacordo com o previsto na legislação tributária, posto que nos termos do art. 42, inciso I, subalínea “b.8”, Parte Geral do RICMS/02, a alíquota de 12% (doze por cento) somente se aplica nas operações com “medicamentos genéricos”, assim definido pela Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, relacionado em resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, mediante exame dos dados constantes do Anexo IV (fls. 60/252) e das cópias das notas fiscais objeto da autuação, acostadas às fls. 254/299, fls. 301/599, fls. 601/899 e fls. 901/948, as quais foram emitidas pela empresa Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S.A - IE n.º 80.893.396 (grande fornecedor da Autuada), percebe-se que a maioria dos produtos adquiridos pela Autuada desta empresa são “medicamentos de referência”.

Alerta-se que nas operações internas com os medicamentos de referência aplica-se a alíquota de 18% (dezoito por cento), consoante disposto no art. 42, inciso I, alínea “e”, Parte Geral do RICMS/02.

Diante das considerações acima e em virtude das disposições contidas no art. 32, (à época vigente) Parte Geral do RICMS/02 e art. 11, Parte 1 do Anexo XV do mencionado regulamento (que impõem a utilização da alíquota interna, quando do cálculo do ICMS/ST a recolher), verifica-se que a alíquota de 18% (dezoito por cento), aplicada pelo Fisco no cálculo do ICMS/ST dos medicamentos de referência, é a correta.

Outrossim, além dos “medicamentos de referência”, existem outros produtos consignados nas notas fiscais arroladas no Anexo I-a, que se submetem à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) nas operações internas, e o Fisco, ao calcular o ICMS/ST devido, aplicou a alíquota de 18% (dezoito por cento). Citam-se, a título de exemplo, os seguintes produtos sujeitos à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento): xampus e desodorantes (descritos na Nota Fiscal n.º 464694, cópia anexada às fls. 263).

Assim, ainda que alguma discussão possa se apresentar sobre a utilização da alíquota de 12% (doze por cento), a matéria será resolvida em sede de mérito do lançamento, com a devida abordagem no momento oportuno.

Ademais, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributário, no caso em apreço, estava prevista no art. 410 do Anexo IX do RICMS/02 (vigência até 30/11/05) e art. 19, inciso I, item 3 do Anexo XV do RICMS/02. (MVA – 35% - estabelecida no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, vigente à época.)

O quarto quesito formulado refere-se à apuração do valor da penalidade pecuniária, considerando a regra específica constante do art. 55, § 4º da Lei n.º 6.763/75.

Entretanto, a regra contida no supracitado dispositivo legal restringe-se às operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, as quais sejam perfeitamente identificáveis, hipótese esta não aplicável ao caso dos autos.

Em virtude do exposto e tendo em vista as disposições contidas no art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c” (Decreto n.º 44.747/08), o pedido de realização de prova pericial deve ser indeferido.

2 – Da Nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração (fls. 1.324), vez que não foi verificado, junto ao remetente das notas fiscais apontadas no Anexo I, se houve ou não o recolhimento do tributo por substituição tributária, para, posteriormente, o Fisco lhe atribuir responsabilidade pelo pagamento do tributo. Sustenta que sem comprovação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da efetiva falta de recolhimento do ICMS/ST, corre-se o risco de estar exigindo tributo em duplicidade.

Todavia, no tocante a responsabilidade pelo pagamento do ICMS/ST, nas operações em tela, vale tecer as seguintes considerações.

O Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94 (que dispunha sobre a substituição tributária de medicamentos), através do Decreto nº 41.548 de 20/02/01. Em virtude deste fato, no período de 01/04/01 até 31/12/03, as operações com tais produtos se submeteram ao regime de débito e crédito.

De modo diverso, a partir 1º de janeiro de 2004, com a edição do Decreto nº 43.708 de 19/12/03, a tributação das operações internas com medicamentos e outros produtos farmacêuticos voltaram a ser pelo regime de substituição tributária, porém este regime restringiu-se às operações realizadas no âmbito estadual – ST Interna.

A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST, referente às saídas subsequentes de medicamentos, no período de 01/01/04 a 30/11/05, foi atribuída aos contribuintes mineiros especificados no art. 407 e 408, Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02.

A partir de 01/12/05 a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST atribuída aos contribuintes mineiros passou a constar do art. 14 da Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

“Art. 14 - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único - A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.”

Para os contribuintes localizados em outras Unidades da Federação, o recolhimento do ICMS/ST, desde 01/01/04, passou a ser opcional, conforme previsão contida no art. 408, § 2º, inciso I, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02 – vigente no período de 01/01/04 a 30/11/05 (a seguir reproduzido) e art. 2º, § 2º, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 (com efeitos a partir de 01/12/05).

“§ 2º Poderá ser atribuída a qualidade de substituto tributário, **mediante regime especial** concedido pelo Diretor da Superintendência de Legislação Tributária (SLT) ao:

I - estabelecimento industrial fabricante ou atacadista localizado em outra unidade da Federação;” (gn)

Em face da legislação acima referida, bem como em razão dos argumentos da Impugnante acerca da possível duplicidade de recolhimento do ICMS/ST, a Assessoria do CC/MG solicitou ao Fisco, por meio do item 1-b da diligência (fls. 1.400), que verificasse se os fornecedores dos produtos listados no Anexo I (fls. 33/51) eram detentores de Regime Especial, junto ao Estado de Minas Gerais, para efetuarem o recolhimento do ICMS/ST.

Verificando que 04 (quatro) das empresas fornecedoras dos produtos constantes das NFs listadas no Anexo I, assumiram a condição de substituto tributário junto a este Estado, mediante Regime Especial, o Fisco excluiu do crédito tributário as exigências ICMS/ST e MR concernentes aos documentos emitidos por referidas empresas, consoante se extrai dos seguintes documentos: manifestação fiscal de fls. 1.402, novo Auto de Infração (fls. 1.477/1.479), Relatório Fiscal Reformulado e Anexos I-a, I-b e I-c (fls. 1.483/1.508).

Em face do exposto, rejeita-se a prefacial arguida.

DO MÉRITO

Antes da análise de cada irregularidade apontada no Auto de Infração (fls. 1.477/1.479), vale tecer os seguintes esclarecimentos.

Originalmente o Relatório do Auto de Infração (fls. 03) continha somente 03 irregularidades, as quais se encontravam pormenorizadamente detalhadas no Relatório Fiscal (fls. 09/13).

Após Diligência determinada pela Assessoria do Conselho, acolhendo sugestões do Setor de Saneamento de PTA (AF/BH-2), o Fisco tomou as seguintes providências:

- 1) reformulou o lançamento (fls. 1.403/1.467);
- 2) lavrou novo Auto de Infração com o respectivo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 1.477/1.482);
- 3) emitiu o Relatório Fiscal Reformulado (fls. 1.483/1.488);
- 4) desmembrou o Anexo I original (fls. 33/51) em: “Anexo I-a”, “Anexo I-b” e “Anexo I-c” (fls. 1.489/1.508) para demonstrar em quadros distintos as operações com as seguintes situações:
 - a) mercadorias sujeitas a ST com ICMS/ST devido na entrada;
 - b) mercadorias sujeitas a ST de fornecedores detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido;
 - c) operações com mercadorias não sujeitas a ST.
- 5) elaborou novos anexos ao Auto de Infração: Anexo VIII (Cópias dos Cadastros SINTEGRA/ICMS dos Fornecedores – fls. 1.430/1.446) e Anexo IX (Cópia da Relação de Contribuintes Detentores de Regime Especial – Medicamentos (15) e Cosméticos, Perfumaria, Artigos de Higiene Pessoal e de Toucador (24) – fls. 1.448/1.465).

6) manteve integralmente os seguintes Anexos do Auto de Infração original: Anexo II (Demonstrativo da Receita Bruta Acumulada e do Percentual do Valor das Entradas Não Escrituradas/Entradas Totais => reproduzido às fls. 1.509/1.511), Anexo III (Demonstrativo do ICMS Devido Após a Reclassificação => reproduzido às fls. 1.512/1.513), Anexo IV (Demonstrativo do Embasamento da Utilização da MVA de 35% e Alíquota de 18% - fls. 60/252), Anexo V (Cópia, por amostragem, das Notas Fiscais de Entradas Não Escrituradas), Anexo VI (Cópia do livro Registro de Entradas e do Relatório de Notas Fiscais – SAPI – fls. 1.176/1.199 e fls. 1.201/1.221) e Anexo VII (Cópia das Declarações de Apuração e Informação de ICMS – fls. 1.223/1.282).

Irregularidade do item 1 (subitem 1.1) do Auto de Infração

Extravio das notas fiscais de aquisições de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, com ICMS/ST devido na entrada, no período de 01/01/04 a 30/11/06, implicando falta de recolhimento do ICMS/ST devido pelas operações de saídas subsequentes, conforme demonstrado no Anexo I-a. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada.

Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação de (cinquenta por cento) e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Insta destacar que o Fisco obteve de contribuintes localizados em outras Unidades da Federação (Estado do Rio de Janeiro, São Paulo, dentre outros) arquivos magnéticos (SINTEGRA) contendo relação das notas fiscais destinando mercadorias para a Autuada.

Depreende-se do exame dos documentos acostados às fls. 7/8 e 14/30 que o Fisco intimou a Autuada em 11/01/08 a informar-lhe sobre o recebimento, ou não, das mercadorias constantes das notas fiscais objeto desta infração. A intimação não foi atendida.

Além da providência supracitada a autoridade fiscal constatou, mediante exame dos livros Registro de Entradas, relativos aos exercícios de 2004 a 2006 (cópias acostadas às fls. 950/1.175) e relatórios de notas fiscais lançadas no Sistema de Apuração e Pagamento Informatizados (SAPI) do período de 2005 e 2006 (cópias anexadas aos autos, por amostragem – fls. 1.176/1.199 e fls. 1.201/1.221), que as operações relativas às notas fiscais relacionadas no Anexo I-a não foram declaradas pela Autuada.

Não obstante a presunção legal de entrada e saída contida no parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75, a seguir transcrito, o Fisco cuidou de anexar aos autos às fls. 254/299, 301/599, 601/899, 901/948, cópias das vias fixas de notas fiscais emitidas por grande fornecedora de medicamentos para a Autuada (Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S.A. – I.E nº 80.893.396, localizada no Estado do Rio de Janeiro).

“Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;”

Não dispondo de todas as notas fiscais relacionadas no Anexo I-a, as quais discriminam os produtos adquiridos pela Autuada, o Fisco arbitrou a base de cálculo do ICMS/ST, bem como a alíquota aplicada, conforme detalhadamente esclarecido no Relatório Fiscal (fls. 1.485 e 1.486).

O procedimento retromencionado, adotado pelo Fisco, é legítimo em relação à base de cálculo, pelas razões a seguir expostas, bem como por alicerçar-se nas disposições contidas no art. 53, incisos I e VI e art. 54, inciso XI (vigente à época), Parte Geral do RICMS/02.

1 - Das 17 (dezesete) empresas fornecedoras da Autuada (emitentes das notas fiscais relacionadas no Anexo I-a), 13 (treze) exercem a atividade de “comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano” ou “fabricante de medicamentos alopáticos para uso humano”, consoante se extrai das informações contidas nas Consultas SINTEGRA/ICMS anexadas pelo Fisco no Anexo VIII (fls. 1.430/1.446).

2 - Os arquivos magnéticos enviados ao Fisco mineiro pelos fornecedores da Autuada, localizados em outras UFs, não continham os registros do tipo 54 (itens de produtos).

3 - Para embasar a utilização da Margem de Valor Agregado – MVA 35% para compor a base de cálculo do ICMS/ST (Anexo I-a) foram examinados pelo Fisco os documentos fiscais emitidos no período de janeiro a setembro de 2006 pela empresa Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S.A – Inscrição Estadual nº 80.893.396, a qual emitiu 42% das notas fiscais relacionadas no mencionado anexo. Tais documentos encontram-se acostados às fls. 456/599, 601/899 e 901/905 dos autos e detalhadamente relacionados na planilha que compõe o Anexo IV do AI (fls. 60/252). Vê-se, pois, tratar-se de amostra bastante representativa.

4 - No cálculo do ICMS/ST foi considerado um crédito de 12% (doze por cento) relativo às notas fiscais de aquisição, uma vez tratar-se de operações interestaduais.

Conclui-se do exposto que não podem ser acolhidas as razões de defesa relacionadas à apuração da base de cálculo do ICMS/ST exigido no AI (fls. 1.477/1.479).

No tocante à alíquota adotada pelo Fisco, restou comprovado que dos itens medicamentos constantes da amostragem de NFs (referida no item anterior), há preponderância de 89% de “medicamentos de referência” (Anexo IV), fato que levou o Fisco a utilizar a alíquota de 18% (dezoito por cento) para todos os produtos constantes das NFs relacionadas no Anexo I-a.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe destacar que a alíquota de 12% (doze por cento) prevista no art. 42, inciso I, alínea “b.8”, Parte Geral do RICMS/02 aplica-se somente nas operações com “medicamentos genéricos”.

Neste caso, o lançamento deve ser alterado de modo a acomodar a média de produtos apurada pelo Fisco. Assim, em relação a 89% (oitenta e nove por cento) da base de cálculo do ICMS/ST, aplica-se a alíquota de 18% (dezoito por cento), enquanto para os 11% (onze por cento) restantes, deverá ser adotada a alíquota de 12% (doze por cento).

Por outro lado, sustenta o Fisco que, ao calcular o ICMS/ST dos produtos fornecidos por empresas que comercializam cosméticos e perfumaria utilizou, conforme mencionado, a alíquota de 18% (dezoito por cento), ao invés de 25% (vinte e cinco por cento) (prevista no art. 42, inciso I, alínea “a.7”, Parte Geral do RICMS/02). Neste caso, pode haver um lançamento complementar, respeitado o prazo decadencial.

Noutra linha, a alegação da Impugnante de que não foi comprovado, junto à empresa Ita Representação de Produtos Farmacêuticos S.A, a existência de guias de recolhimento do tributo devido nas operações futuras, em regime de substituição tributária, resta prejudicada, em razão do cumprimento pelo Fisco do item 1-b da diligência determinada pela Assessoria do Conselho.

A responsabilidade da Autuada pelo pagamento do ICMS/ST, ora em exame (constante do novo Auto de Infração), já foi objeto de apreciação, em preliminar.

Os argumentos de defesa relacionados à ausência de adoção de procedimentos de comprovação dos registros lançados nos arquivos magnéticos pelos respectivos fornecedores, com a totalidade de documentos fiscais pertinentes, emitidos pelos mesmos, que serviram de suporte aos respectivos registros, também não se sustentam, haja vista as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, anexadas aos autos, por amostragem, pelo Fisco.

Restam, portanto, parcialmente corretas as exigências fiscais de ICMS e a respectiva multa de revalidação, decorrentes desta infração.

No tocante à Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75, a sanção merece uma melhor análise. Numa rápida observação, poder-se-ia acompanhar o Fisco, no sentido de legitimar a caracterização de extravio dos documentos fiscais, com uma interpretação absolutamente literal dos fatos e da norma. Com efeito, a penalidade está assim prevista:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

XII - por extraviar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A questão que se apresenta na hipótese dos autos é a interpretação dos vocábulos “extravio” e “inutilização”, diante da hipótese de presunção prevista no art. art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75, de modo a poder-se aplicar a regra da conexão prevista no art. 211 do RICMS/02.

Ao analisar a questão da multa por falta de escrituração das notas fiscais, como no presente caso, tidas como extraviadas, a Superintendência de Tributação da SEF/MG assim se posicionou:

CONSULTA INTERNA Nº 102/2009 – 15/07/2009

Assunto: Penalidade – Crédito de ICMS

Tema: Cruzamento eletrônico de notas fiscais

Exposição/Pergunta:

No desenvolvimento de trabalhos de cruzamento eletrônico de dados, em que se confrontam as operações de saída declaradas pelos fornecedores com as operações de entrada registradas pelo contribuinte a ser fiscalizado, é frequente a constatação de falta de registro de documentos fiscais no livro Registro de Entradas.

Visando auxiliar os Auditores Fiscais a desenvolverem trabalhos de cruzamento eletrônico de dados, foi elaborado um roteiro de fiscalização em que constam as diretrizes para o cruzamento.

Uma das orientações diz respeito às penalidades que deverão ser aplicadas no caso de constatação de falta de registro de notas fiscais de entrada.

De acordo com o parágrafo único do art. 51 da Lei no 6763/75, presume-se entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente.

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador; (G. N.)

Sendo assim, o roteiro instrui que deverá ser aplicada a penalidade prevista no art. 55, I, da Lei no 6763/75 pela falta de registro das notas fiscais no livro Registro de Entrada e a penalidade do art. 55, II, pela falta de emissão de nota fiscal de saída.

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I – por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento – 10% (dez por

cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;

b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Contudo, o Acórdão 19.062/09/3^a do CC/MG considerou as multas conexas, exigindo apenas a aplicação da penalidade constante no art. 55, II, da Lei nº 6763/75, relativa à presunção de saída desacobertada para as mercadorias adquiridas e não lançadas no livro fiscal.

“De início, cabe esclarecer que a cobrança da Multa Isolada capitulada no art. 55, I, da Lei nº 6763/75, por falta de escrituração dos documentos fiscais em livro de Registro de Entradas se revela incorreta, em face da conexão com a penalidade principal, ou seja, a presunção de saída desacobertada para as mercadorias adquiridas e não lançadas no livro fiscal.” (Acórdão 19.062/09/3^a)

De acordo com o art. 211 do RICMS/02, no caso de haver o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando as infrações forem conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Art. 211 - Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Neste caso, fica claro que somente a existência de uma situação (falta de registro de entrada) leva à conclusão permitida na legislação (presunção de saída desacobertada). Porém, são dois fatos totalmente distintos, um a não-escrituração do documento fiscal e o outro a promoção da saída posterior não acobertada por documentação fiscal.

.....

Sendo assim, questiona-se:

1- Está correto o entendimento desta Diretoria de que, no caso de falta de registro de nota fiscal de entrada seriam cabíveis as penalidades para a falta de registro de documento fiscal e pela saída desacobertada, previstas no art. 55, I e II, da Lei no 6763/75, respectivamente, ou deveria ser aplicada apenas a multa por saída desacobertada prevista no art. 55, II, da Lei no 6763/75?

.....

Resposta:

1 - A presunção da saída da mercadoria decorre, no caso em comento, da falta do registro da nota fiscal relativa à sua aquisição, informada pelo remetente ou transportador. Portanto, há um vínculo entre tais operações.

Isto posto, fica impossibilitada a cobrança de duas multas isoladas em virtude do art. 211 do RICMS/02, que determina que, apurando-se na mesma ação fiscal o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Cumprе ressaltar que por “mesma ação fiscal” entende-se uma ação do Fisco com identidade de alguns elementos como mesma data, mesmos fiscais autuantes e mesma ordem de serviço. Por “infrações conexas”, entende-se aquelas que tenham tipo tributário repercutindo cumulativamente.

Assim, na situação em tela, deve-se aplicar apenas a multa isolada pelas saídas desacobertadas de documentação fiscal, prevista no art. 55, II da Lei no 6763/75, por ser a mais gravosa.

.....

DOLT/SUTRI

Com efeito, aplica-se ao denominado extravio as mesmas razões apontadas para a não exigência da multa por falta de escrituração de tais documentos, devendo ser cancelada a penalidade capitulada no inciso XII, do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade do item 1 (subitem 1.2) do Auto de Infração

Extravio das notas fiscais de aquisições de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, recebidas de fornecedores detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido, no período de março de 2004 a dezembro de 2005, conforme demonstrado no Anexo I-b. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XI, da Lei nº 6.763/75.

Aplica-se a este item, a mesma fundamentação anteriormente posta, no tocante à referida multa isolada. Também neste caso, deve a mesma ser cancelada.

Irregularidade do item 1 (subitem 1.3) do Auto de Infração

Extravio das notas fiscais de aquisições de mercadorias, não sujeitas a ST, no período de 01/01/04 a 31/12/05, conforme demonstrado no Anexo I-c. Irregularidade constatada mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores com os registros de entradas lançados pela Autuada.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Aplica-se a este item, a mesma fundamentação anteriormente posta, no tocante à referida multa isolada. Também neste caso, deve a mesma ser cancelada.

Irregularidade do item 2 (subitem 2.1) do Auto de Infração

Promoveu saídas de mercadorias, sujeitas a ST, com ICMS devido na entrada, no período de 01/01/04 a 30/11/06, desacobertas de documentação fiscal, conforme demonstrado no Anexo I-a. Irregularidade apurada mediante informações prestadas ao Fisco pelo contribuinte remetente.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A penalidade supracitada refere-se à saída desacoberta das mercadorias relacionadas nas notas fiscais discriminadas no Anexo I-a (fls. 1.489/1.504).

A presunção de saída desacoberta se decorre das disposições contidas no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75.

No cálculo da penalidade supracitada o Fisco adotou a mesma base de cálculo do ICMS/ST, consoante se extrai do Demonstrativo da Multa Isolada (fls. 1.504) e do Relatório Fiscal (fls. 1.486), que corresponde ao valor das operações de aquisições acrescido da MVA de 35%.

Nos termos do dispositivo legal que sustenta a cobrança da MI ora em discussão, a base de cálculo da MI corresponde ao valor da operação de saída.

Desconhecendo o Fisco o valor efetivo das operações de saída, deve-se admitir como correto o valor arbitrado, que coincide com a base de cálculo do ICMS/ST, haja vista que a margem de lucro de 30%, prevista na Parte 2 do Anexo X do RICMS/02 para o levantamento da receita presumida de empresa enquadrada como EPP que comercializa produtos farmacêuticos (CNAE-F 5241-8/01 – Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas), é bastante próxima da margem de lucro adotada pelo Fisco (35%).

Alerta-se que a Autuada, à época dos fatos geradores, tinha por objetivo social a “dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em embalagens originais, como Drogeria”, segundo se extrai da Cláusula Segunda de seu Contrato Social - 14ª Alteração – fls. 1.371 dos autos. (CAE 41.2.1.10-4 “Comércio varejista de produtos farmacêuticos da flora medicinal e ervanários - farmácias, drogas etc.”).

Ademais, nos termos do art. 54, § 2º, Parte Geral do RICMS/02, o valor arbitrado poderia ser contestado pela contribuinte, mediante exibição de documentos que comprovassem suas alegações, o que não ocorreu.

Os argumentos de defesa apresentados, no tocante a esta irregularidade, também não podem ser acolhidos, em face da presunção relativa estatuída no art. 51, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Salienta-se que no caso das presunções legais relativas, há uma inversão do ônus da prova, pois a autoridade fiscal, após a constatação fática do tipo descrito na lei, pode presumir a ocorrência de irregularidade através da simples invocação do texto legal, dispensada a produção de provas, imputando a lei, neste caso, ao contribuinte, o ônus de fornecê-la.

Depreende-se do exposto que é legítima a aplicação da exigência da MI, ora em exame.

A adequação da penalidade às disposições contidas no art. 55, § 2º da Lei nº 6.763/75, não se revela cabível, pois o dispositivo em questão cuida de aferir o imposto incidente na operação, que na hipótese dos autos, equivale à alíquota normal para as operações internas, ou seja, 18% (dezoito por cento), o que afasta a adequação mencionada. O texto legal assim prescreve:

"Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a **duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação**, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência:" (gn)

Imposto incidente na operação não equivale ao saldo devedor do imposto, após a concessão dos créditos pelas entradas, de modo a operar o princípio da não-cumulatividade, não é esta a intenção do legislador ordinário.

O "imposto incidente na operação", no caso dos autos, é aquele que seria devido (destacado) por ocasião da saída da mercadoria do estabelecimento autuado, em suas operações subsequentes, diferente do chamado "imposto a recolher", como se denota pela explanação contida na Orientação DOLT/SUTRI nº 001/2007, ao tratar da apuração e recolhimento do ICMS/ST, a saber:

"d. Apuração e recolhimento do ICMS/ST

Em relação às operações subsequentes

O imposto a recolher, a título de substituição tributária, será o valor resultante da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente”.

A toda evidência, a expressão “imposto incidente” se refere ao imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para a operação, sobre a base de cálculo definida para a substituição tributária.

Como já dito, a dedução do valor devido pela operação própria do remetente equivale à não-cumulatividade da operação subsequente. Entendimento diverso conduziria a “reduzir a pó” o disposto no § 4º do mesmo artigo, que prescreve:

“§ 4º - Na hipótese de operação sujeita ao regime de substituição tributária na qual a mercadoria possa ser perfeitamente identificável, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto a recolher ao Estado, admitidos os créditos comprovados, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação”.

Assim, se se entender que a adequação se faz em relação ao “saldo devedor” da ST, todas as mercadorias passariam a ter o mesmo tratamento dado àquelas “perfeitamente identificáveis”, tornando dispensável a regra do § 4º acima transcrito.

Sobre a questão, a SUTRI editou a Instrução Normativa nº 003/06, com a seguinte interpretação disposta no art. 1º:

“Art. 1º Na operação ou prestação alcançada pelo ICMS, na qual o imposto tenha sido retido ou recolhido antecipadamente pelo regime de substituição tributária, ou em razão de técnica fiscal na apuração de irregularidade, e que resulte na aplicação apenas de multa isolada ou na exigência de parcela do imposto, os limitadores previstos no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, terão como parâmetros o valor da operação ou prestação constatada e do imposto incidente, embora não integrante do crédito tributário constituído”.

O caso dos autos, portanto, se amolda exatamente ao disposto no artigo retromencionado, não sendo caso de adequação da penalidade pelo motivo acima exposto.

Cabe, no entanto, a adequação ao mesmo dispositivo, no tocante à parcela de 11% (onze por cento) da base de cálculo, relativamente à comercialização de medicamentos genéricos, sobre a qual, em razão desta decisão, passa a incidir a alíquota de 12% (doze por cento), cuja obrigação principal está sendo exigida no subitem 1.1 do Auto de Infração.

Irregularidade do item 2 (subitem 2.2) do Auto de Infração

Promoveu saída de mercadorias, sujeitas a ST, recebidas de fornecedores detentores de Regime Especial para recolhimento do ICMS/ST devido, no período de março de 2004 a dezembro de 2005, desacobertadas de documentação fiscal, conforme demonstrado no Anexo I-b.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A penalidade supracitada refere-se à saída desacobertada das mercadorias relacionadas nas notas fiscais discriminadas no Anexo I-b (fls. 1.505 e 1.506).

Insta destacar que a caracterização da infração fundamenta-se nas mesmas razões já narradas anteriormente (quando do exame da irregularidade do item 2 - subitem 2.1 do Auto de Infração).

Outrossim, ao calcular a Multa Isolada em tela o Fisco adotou o mesmo procedimento utilizado para apuração da MI da irregularidade do item 2 - subitem 2.1 do Auto de Infração.

Em virtude destes fatos, tornam-se desnecessários reproduzi-los.

Frisa-se que no novo Auto de Infração (fls. 1.477/1.479) não há exigência de tributo no tocante à saída das mercadorias relativas às notas fiscais relacionadas no Anexo I-b, em face da concessão pela SEF/MG de Regime Especial pela SEF/MG, às fornecedoras dos produtos, atribuindo-lhes a condição de substitutos tributários.

Nos autos não há informação acerca do tributo (ICMS/ST) devido pelas detentoras de Regime Especial. Não obstante, decidiu o Fisco por não exigir da Autuada essa parcela, que num primeiro momento, seria de responsabilidade do remetente.

Do mesmo modo, cabe a adequação supracitada, no tocante à parcela de 11% (onze por cento) da base de cálculo, relativamente à comercialização de medicamentos genéricos, sobre a qual, em razão da decisão tomada para o subitem 1.1 do AI, considera-se incidente, via Regime Especial, na mesma proporção.

Para o cálculo da adequação, deverá ser tomado o valor do Anexo I-b, estabelecendo-se a seguinte proporção:

- Valor das saídas desacobertadas X 89% X 40%;
- Valor das saídas desacobertadas X 11% X 12% X 2,5.

A título de exemplo, em uma base 100 (cem) tem-se:

Fisco: 100 X 40%	=	40,00
Decisão: 100 X 89% X 40%	=	35,60
100 X 11% X 12% X 2,5 =		3,30
Total MI		38,90

Correta, em parte, a Multa Isolada capitulada no inciso II, do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade do item 2 (subitem 2.3) do Auto de Infração

Promoveu saída de mercadorias, não sujeitas a ST, no período de 01/01/04 a 31/12/05, desacobertadas de documentação fiscal, implicando em falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrado no Anexo I-c.

Exigência de ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

A penalidade supracitada refere-se à saída desacobertada das mercadorias relacionadas nas notas fiscais discriminadas no Anexo I-c (fls. 1.507/1.508), cujos fornecedores possuem atividade econômica cadastrada no SINTEGRA/ICMS de comercialização de mercadorias não submetidas ao regime de substituição tributária.

As consultas SINTEGRA/ICMS destas empresas encontram-se anexadas às fls. 1.431, 1.439/1.441.

A presunção de saída desacobertada decorre das disposições contidas no inciso I, do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75.

Ao calcular o ICMS e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, o Fisco adotou como base de cálculo o valor dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no Anexo I-c (fls. 1.507/1.508) acrescido de uma margem de lucro de 35%, aplicando-se em seguida a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Tal margem de lucro foi equivocadamente identificada pelo Fisco como MVA de 35% prevista na Parte 2, item 24 do Anexo XV do RICMS/02, haja vista que os fornecedores, emitentes das notas fiscais relacionadas no Anexo I-c, não comercializam produtos sujeitos a ST (neste Estado), no período de janeiro/04 a dezembro/05.

Não obstante, tal equívoco, percebe-se que o valor de saída arbitrado pelo Fisco é bastante razoável, pelas explicações já mencionadas (quando da análise da irregularidade item 2 - subitem 2.1 do Auto de Infração).

Legítimas, portanto as exigências fiscais retromencionadas.

Irregularidade do item 3 do Auto de Infração

Recolhimento a menor do ICMS, no período de setembro de 2004 a dezembro de 2004, apurado em recomposição da conta gráfica, por ter a Autuada se mantido indevidamente classificada em faixa inferior a da efetiva receita bruta do regime de EPP, conforme demonstrado nos anexos II e III.

Exigência de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no inciso II, do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

No Anexo II do Auto de Infração (fls. 1.509/1.511) o Fisco demonstrou a Receita Bruta Acumulada da empresa ora Autuada após inclusão da receita originária da venda dos produtos cujas entradas não foram registradas e, ainda, informou o percentual das entradas não escrituradas em relação às entradas totais, relativamente aos exercícios de 2004 a 2006.

Depreende-se do exame do primeiro quadro que compõe o Anexo II (fls. 1.509) que em agosto/2004 a receita bruta auferida pela Autuada, apurada pelo Fisco, ultrapassou a receita bruta máxima prevista para a “Faixa - 06”, na qual a empresa encontrava-se enquadrada.

As faixas de classificação das Empresas de Pequeno Porte (MICRO GERAES) estão demonstradas no Quadro I, inserido ao final do Anexo X do RICMS/02 (vigente à época).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O demonstrativo do ICMS devido após a reclassificação (mercadorias não sujeitas ao regime de ST) consta do Anexo III (fls. 1.512 e 1.513). No mês de setembro de 2004 houve reclassificação da Faixa 06 para a Faixa 08 e nos meses de outubro a dezembro/04 reclassificação da Faixa 06 para Faixa 10.

Em decorrência das reclassificações o Fisco apurou recolhimento a menor do ICMS, conforme demonstrado nos quadros que compõem o Anexo III.

Oportuno salientar que os dados utilizados pelo Fisco na elaboração dos quadros acima referidos foram extraídas das DAPIs (dos meses de setembro a dezembro de 2004), juntadas às fls. 1.264/1.280 dos autos.

Contesta a Impugnante a exigência de ICMS, em face da reclassificação de faixa, constante do Anexo II, vez que a MVA a ser considerada para apuração do imposto será a real, e não a presumida.

Entretanto, as reclassificações de faixas efetuadas pelo Fisco são legítimas, uma vez que as operações relacionadas com as mercadorias consignadas nas NEs descritas nos Anexos I-a, I-b e I-c não foram consideradas na apuração da receita bruta pela Autuada.

O questionamento da Impugnante acerca da inaplicabilidade dos dispositivos legais capitulados como infringidos, por não ter havido descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista seu enquadramento como EPP, também não prospera, pelas razões a seguir relacionadas.

Disponha o art. 22, inciso III, do Anexo X do RICMS/02 (vigência no período de 15/12/02 a 31/12/04) que a empresa enquadrada como EPP deveria escriturar os livros fiscais, exceto o livro Registro de Apuração do ICMS.

A obrigatoriedade de lançar no Sistema de Apuração e Pagamento Informatizados (SAPI) as notas fiscais de entradas de mercadorias estava prevista no art. 13, inciso II do Anexo X do RICMS/02 (vigência no período de 1º/01/05 a 30/06/07).

A modalidade de pagamento prevista para as empresas optantes pelo MICRO GERAES e SIMPLES MINAS não se aplicava ao imposto retido, na entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em face das disposições contidas no art. 52, inciso I do Anexo X do RICMS/02 (vigência de 15/12/02 a 31/12/04) e art. 34, inciso I do Anexo X do RICMS/02 (vigência de 1º/01/05 a 30/06/07).

Ademais, previa o art. 30 da Lei n.º 13.437/99 que, “ressalvado o disposto nesta lei, aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte, no que couber, as disposições da Lei n.º 6.763/75, de 26 de dezembro de 1975, e a legislação relativa ao ICMS”. Esta mesma determinação constou também do art. 33 da Lei n.º 15.219/04.

Outrossim, não se sustentam as alegações da Impugnante sobre os efeitos confiscatórios dos juros de mora e penalidades aplicadas. Não obstante o disposto no art. 110 do RPTA (Dec. n.º 44.747/08), ressalta-se, por oportuno, que a vedação ao confisco, prevista na Constituição Federal, é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-los, nos moldes da legislação que os instituiu.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As penalidades e juros de mora aplicados mediante autorização expressamente contida na legislação tributária não se reveste das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco inserto na Constituição Federal.

Quanto ao pleito da Impugnante de aplicação do permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, cabe destacar que o mesmo não pode ser levado a efeito em virtude da constatação de reincidência para a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, conforme demonstrativo de fls. 1.399.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, considerando os documentos de fls. 1477/1479, e ainda: a) excluir a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75; b) adotar a alíquota de 12% (doze por cento) em relação ao percentual de 11% (onze por cento) da base de cálculo arbitrada pelo Fisco, referente aos medicamentos genéricos; c) adequar a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, vinculada aos itens 2.1 e 2.2 do Auto de Infração, ao disposto no § 2º do art. 55 da citada lei, relativamente à parcela mencionada no item anterior. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 26 de agosto de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator