

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.579/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214767-44
Impugnação: 40.010126391-33
Impugnante: New Way Serviços Promocionais Temporários Ltda
IE: 062190677.00-09
Proc. S. Passivo: Antônio Roberto Winter de Carvalho/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FRIGIDEIRAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações interestaduais com frigideiras destinadas a este Estado, em razão de apuração de entradas sem a retenção do imposto. Infração caracterizada nos termos do RICMS02, Anexo XV, Parte 1, art. 15 e parágrafo único. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. III da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - ENTRADA IRREGULAR - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, entradas irregulares de frigideiras. Irregularidade apurada através de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inc. II, Parte Geral do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75. Cancelada a multa isolada por não ter sido configurada a entrada de mercadoria sem documentação fiscal.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, saídas de frigideiras desacobertadas de documentação fiscal. Irregularidade apurada através de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inc. II, Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo realizado em diligência fiscal realizada em 05/05/09, de que o Sujeito Passivo incorreu nas seguintes irregularidades:

1 – deixou de recolher o ICMS/ST de mercadorias sujeitas a substituição tributária (frigideiras), que entraram em seu estabelecimento, pelo que se exige ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. III da Lei nº 6763/75;

2 - entrada irregular de mercadorias (frigideiras) desacobertas de documentação fiscal hábil, uma vez que estavam acompanhadas de notas fiscais que consignavam como remetente e destinatária a empresa paulista “Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda”, CNPJ nº 02.278.840/0001-60, e indicavam no campo de endereço do destinatário diversos endereços em Belo Horizonte, sem que o Autuado tivesse emitido as notas fiscais de entrada, já que os referidos documentos fiscais não a definiam como destinatária das mercadorias, mas simplesmente como o local onde as mercadorias deveriam ser entregues, pelo se exige a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75;

3 - saídas de mercadorias (frigideiras) desacobertas de documento fiscal, uma vez que declarou não haver mercadorias em estoque e não emitiu notas fiscais de saídas suficientes para acobertar todas as entradas, pelo que se exige a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75.

O Fisco instruiu o processo com o Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 038954 (fls. 02); Termo de Retenção de Mercadorias – TRM (fls. 03); Auto de Infração – AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (fls. 06); Relatório Fiscal (fls. 07/08); Demonstrativo das notas fiscais apreendidas, emitidas pela empresa Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda. (fls. 10); Demonstrativo do crédito tributário (fls. 11); Levantamento Quantitativo – Termo de Intimação e declaração de estoques (fls. 12); notas fiscais objeto da autuação (fls. 13/152); telas SICAF “Pagamentos por Contribuinte” (fls. 153) e tela SICAF “Consulta Sócios Atuais de um Contribuinte” (fls. 154).

Da Impugnação

Inconformado o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 161/170, com documentos anexados às fls. 171/264, através da qual alega, sinteticamente, que:

- foi autuado no Posto Fiscal Geraldo Arruda, no dia 05/05/09, por supostas irregularidades por transportar mercadorias sem recolhimento de tributo devido;

- a empresa Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda foi contratada pelas empresas Bunge Alimentos S/A e Mnemonik Promoções e Eventos Ltda para a realização, coordenação, produção e execução da promoção publicitária denominada “Delícia + sabor na sua cozinha”;

- entre outras obrigações, a Auth estava encarregada de promover a distribuição de brindes (frigideiras) para os consumidores da marca acima mencionada, e, para a execução deste serviço, a Auth lhe solicitou a realização da distribuição das frigideiras que divulgariam a marca “Delícia + sabor na sua cozinha” da empresa Bunge Alimentos S/A;

- a Auth lhe encaminhou somente 6.500 (seis mil e quinhentas) frigideiras, contudo fez constar erroneamente na Nota Fiscal de nº 8928 a quantia de 13.100 (treze mil e cem) frigideiras, e desta divergência incorre o equívoco fiscal ao entender que houve recolhimento a menor do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a veracidade desta assertiva pode ser averiguada na Inicial de Ação (às fls. 184/190) movida pela Auth Comércio e Assessoria contra o Autuado, perante Vara Cível de Belo Horizonte, visando à devolução das frigideiras remanescentes;

- através de declaração firmada entre a Mnemonik e a Auth, com firmas reconhecidas em cartório, se extrai que esta última é a única responsável legal e tributária pela circulação e comercialização dos brindes (frigideiras);

- a empresa Auth atuou em desconformidade com a legislação fiscal de Minas Gerais, pois lhe enviava diversas notas fiscais de saída e entrada, pelos Correios, para que o mesmo circulasse a mercadoria com as notas fiscais da Auth, fato que é confirmado nas declarações insertas na ação judicial da Auth (supracitada);

- foram geradas notas fiscais em duplicidade e a Auth deveria ter procedido ao cancelamento das notas para que o imposto não fosse gerado em duplicidade, o que infelizmente não ocorreu, tendo, mais uma vez, sido penalizado pela conduta irregular por parte da Auth;

- as notas de devolução tinham que ser providenciadas por ele e não pela Auth e esta atitude foi tomada por ele conforme nota fiscal nº 856;

- em decorrência da emissão equivocada destas notas fiscais foi ensejada a autuação de não recolhimento de ICMS/ST de 29.450 (vinte e nove mil, quatrocentos e cinquenta) unidades de frigideiras de alumínio e, que deste total, 13.100 (treze mil e cem) frigideiras são da Nota Fiscal nº 8928, e as outras 16.350 são oriundas da soma das notas fiscais erradas lhes enviadas empresa Auth;

- ciente das irregularidades, devolveria as referidas notas fiscais para a Auth, uma vez que não caberia a esta a emissão de notas fiscais de devolução, todavia, antes da devolução destas notas fiscais erradas, foi fiscalizado e autuado por supostamente não recolher o ICMS das mercadorias constantes nas notas fiscais;

- é parte ilegítima para figurar no polo passivo da autuação e de um processo tributário administrativo, vez que conforme se verifica dos documentos colacionados, as falhas fiscais ocorreram por parte da Auth, o que resta cabalmente comprovado pelos documentos carreados, inclusive do relatório que acompanha a autuação.

Requer que seja julgado improcedente o lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 266/273, que foi adotada, em parte, para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, refuta detalhadamente as alegações da defesa, pedindo seja o lançamento julgado procedente.

DECISÃO

Versa o presente contencioso sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo realizado em diligência fiscal realizada em 05/05/09, de que o Sujeito Passivo incorreu nas seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 – deixou de recolher o ICMS/ST de mercadorias sujeitas a substituição tributária (frigideiras), que entraram em seu estabelecimento, pelo que se exige ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. III da Lei nº 6763/75;

2 - entrada irregular de mercadorias (frigideiras) desacobertas de documentação fiscal hábil, uma vez que estavam acompanhadas de notas fiscais que consignavam como remetente e destinatária a empresa paulista “Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda”, CNPJ nº 02.278.840/0001-60, e indicavam no campo de endereço do destinatário diversos endereços em Belo Horizonte, sem que o Autuado tivesse emitido as notas fiscais de entrada, já que os referidos documentos fiscais não a definiam como destinatária das mercadorias, mas simplesmente como o local onde as mercadorias deveriam ser entregues, pelo se exige a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75;

3 - saídas de mercadorias (frigideiras) desacobertas de documento fiscal, uma vez que declarou não haver mercadorias em estoque e não emitiu notas fiscais de saídas suficientes para acobertar todas as entradas, pelo que se exige a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75.

Como já dito, os fundamentos expostos na bem fundamentada manifestação fiscal de fls. 266/273, foram os mesmos utilizados, em parte, pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações e acréscimos.

O Fisco efetuou Levantamento Quantitativo baseado em contagem física de estoque (fls. 12) e em documentos encontrados no estabelecimento do Autuado, conforme Temo de Apreensão e Depósito – TAD (fls. 02).

O procedimento fiscal está previsto no art. 194, inc. II, do RICMS/02, abaixo transcrito e é considerado tecnicamente idôneo.

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

O Autuado não contesta as irregularidades relacionadas no Auto de Infração, apenas informa que foram cometidas pela empresa Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda e que, por não ter dado causa às irregularidades apuradas, não teria legitimidade passiva para figurar no polo passivo da obrigação tributária.

Alega, ainda, que o primeiro erro ocorreu quando a empresa paulista remeteu para o seu estabelecimento 6.500 (seis mil e quinhentas) frigideiras acobertas pela Nota Fiscal nº 8928, na qual constavam 13100 (treze mil e cem) frigideiras, e que a veracidade dessas informações poderia ser verificada na inicial de ação movida pela Auth contra si. Ocorre, contudo, que o trecho colacionado na impugnação dá conta de que, para cumprir com sua obrigação contratual, a empresa paulista informa que encaminhou 6.500 (seis mil e quinhentas) unidades das frigideiras

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

promocionais através das Notas Fiscais nºs 8863 a 8874. Verifica-se, portanto, tratar-se de outras remessas acobertadas por suas notas fiscais próprias, diferentes e anteriores àquela remessa acobertada pela Nota Fiscal nº 8928, o que se verifica pela ordem sequencial das notas fiscais citadas, anteriores a esta nota. Portanto, a veracidade de sua assertiva não se verifica.

O procedimento correto por parte do Autuado, conforme previsto no RICMS/02, deveria ter sido a devolução imediata das mercadorias que lhe foram encaminhadas, uma vez que estavam em desacordo com a nota fiscal que as acompanhava.

A alegação do Autuado de que a empresa Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda é a única responsável legal e tributária pela circulação e comercialização dos brindes (frigideiras) não pode ser considerada, pois a sua responsabilidade decorre do fato de ser contribuinte, conforme preceitua o art. 55 do RICMS/02, de ser inscrito no cadastro de contribuintes de Minas Gerais e, ainda, de ter cometido as irregularidades apuradas com base em documentos encontrados em seu estabelecimento e devidamente apreendidos pelo Fisco.

Além disso, a transferência para a empresa Auth da responsabilidade pelas irregularidades apuradas, em decorrência de irregularidades por esta cometidas e de acordo firmado entre a Auth e a Mnenomik, não pode ser considerada, pois, segundo o art. 123 do Código Tributário Nacional - CTN, as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública, *in verbis*:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Com relação à alegação de que a empresa Auth enviava diversas notas fiscais de saída e entrada, pelos correios, para que o Autuado circulasse a mercadoria com as notas fiscais da Auth, esta não procede, uma vez que as notas fiscais citadas, nºs 9616 e 9620 a 9628, são todas de entrada, não se observando entre as referidas uma única nota fiscal de saída. Cabe ressaltar que o Autuado não emitiu sequer uma nota fiscal para acobertar a circulação da mercadoria dentro de Belo Horizonte, mesmo reconhecendo ser ele, o Autuado, quem deveria emitir as notas fiscais de saída das mercadorias.

Com relação à afirmação do Autuado que notas fiscais lhe eram enviadas pelos correios, de forma equivocada, e que antes da devolução destas notas fiscais erradas sua empresa foi fiscalizada, ressalte-se que as tais notas fiscais de devolução datam de janeiro de 2009, a ação fiscal só ocorreu em maio do mesmo ano e as referidas notas ainda não haviam sido devolvidas.

Confirmada a não existência de mercadorias no estabelecimento do Autuado, conforme documento de fls. 12, que este não emitiu nenhuma nota de saída da mercadoria a não ser a de nº 000.856 (fls. 151), e que as mercadorias adentraram no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento do Autuado, corretas as conclusões do Fisco de que entraram de modo irregular, sem documentação hábil e que parte delas saíram sem documentação fiscal, conforme demonstrado no relatório fiscal e demais documentos de fls. 07/12.

A obrigatoriedade do Autuado de recolher o ICMS por substituição tributária, na presente situação, está prevista no RICMC/02, Anexo XV, Parte 1, art. 15, abaixo transcrito:

Art. 15 - O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Parágrafo único - A responsabilidade prevista neste artigo **aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.** (grifou-se)

(...)

PARTE 2

DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DAS MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

30. ARTEFATOS DE USO DOMÉSTICO			
30.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Interno e nos Estados do Maranhão (Protocolo ICMS 121/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 168/09) e de São Paulo (Protocolo ICMS 34/09).			
Subit em	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)
30.7	7615.1	Artefatos de uso doméstico, e suas partes, de alumínio	81

Efeitos de 1º/12/07 a 31/10/09 - Acrescido pelo art. 1º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, III, ambos do Dec. nº 44.636, de 10/10/07:

O Fisco calculou corretamente a base de cálculo, demonstrada às fls. 11, acrescentando a margem de valor agregado prevista, ajustando-a, uma vez que a alíquota interna é superior à alíquota interestadual, conforme previsto no RICMS/02, Anexo XV, Parte 1, art. 19, § 5º, *in verbis*:

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas nos itens 5 a 8, 11, 14, 15, 18 a 24, 29 a 32, 36, 39, 41 e 43 a 46 da Parte 2 deste Anexo, quando a alíquota interna for superior à interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), esta será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula "MVA ajustada = $\{[(1 + MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1\} \times 100$ ", onde:

Com relação às exigências do ICMS/ST, constata-se, conforme se pode ver nas telas do SICAF, transcritas abaixo, que o Remetente Auth Comércio e Assessoria Empresarial Ltda efetivamente recolheu o imposto referente às Notas Fiscais de nºs 8863 a 8886.

S I C A F SEF/MG
 Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais
Pagamentos por Contribuinte

Tipo Identificação: 3 Período Arrecadação: 10 a 31 / 01 / 2009
CNPJ: 07278840/0001.60

Inscrição Estadual:

Nome Comercial: AUTH COMERCIO E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA

Valor pago através do CNPJ esta marcado com (*) R = Restituído

Dia	Bco-Agen	BRAE	Guia	D o c u m e n t o		NSU	Cod.Rec	Valor	
30	237 0947	81	0001	97	8874	42	803016 326-9	1026,44	*
30	237 2492	81	0001	97	8881	51	794097 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0002	97	8876	30	795748 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0003	97	8884	56	800200 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0004	97	8882	87	800583 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0005	97	8880	16	800851 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0006	97	8878	9	801163 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0007	97	8877	93	801420 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0008	97	8864	85	801798 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0009	97	8863	30	802074 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0010	97	8879	9	802321 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0011	97	8875	98	802572 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0012	97	8867	54	803297 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0013	97	8866	47	803558 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0014	97	8865	85	803869 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0015	97	8871	61	804439 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0016	97	8870	23	804766 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0017	97	8869	16	805091 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0018	97	8868	73	806318 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0019	97	8885	75	806595 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0020	97	8883	49	806868 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0021	97	8886	44	807395 326-9	1028,31	*
30	237 2492	81	0022	97	8872	4	807640 326-9	1011,49	*
30	237 2492	81	0023	97	8873	94	807901 326-9	1011,49	*
Total:								24492,55	

Constatou o Fisco que tais recolhimentos foram efetuados em código de receita inadequado (326-9 – ICMS Rec. Antecipado – comércio) e com agregação de apenas 30% (trinta por cento), quando o correto é 94,24 % (noventa e quatro inteiros e vinte e quatro centésimos por cento). Mesmo tendo recolhido com código de receita inadequado e com valor de agregação menor que o previsto na legislação, é possível

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

identificar o valor recolhido para cada nota fiscal e, desse modo, deve ser deduzido, das exigências de ICMS/ST, os valores já recolhidos referentes a tais notas fiscais.

O Fisco exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75 por entradas e saídas desacobertadas de documentação fiscal, abaixo transcrita:

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:

(...)

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:

O Fisco, para constatar as saídas desacobertadas de documentação fiscal, não desconsidera as notas fiscais utilizadas irregularmente para a entrada das mesmas. Mesmo não sendo adequadas para acobertar tais entradas, uma vez que são endereçadas para o próprio remetente, em diversos endereços, mas com observação de que o local de entrega é do estabelecimento do Autuado, atestam que acobertaram as mercadorias. Parte das mesmas mercadorias foram consideradas como saídas desacobertadas de documentação fiscal tendo sido corretamente exigida, para estas saídas desacobertadas, a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6763/75, acima transcrito. Desse modo, não se perfaz lógica da aplicação da Multa Isolada por entrada irregular de mercadoria, devendo, então, ser excluída.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos

(...)

2) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: a) deduzir das exigências de ICMS/ST os valores recebidos referentes às notas fiscais nºs 8863 a 8886; b) excluir a multa isolada relativa às entradas irregulares de mercadorias. Participaram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CC/MIG