

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.331/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168499-12
Impugnação: 40.010129099-98
Impugnante: Sunglasses Comercial Ltda
IE: 001067950.00-57
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA – CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas em confronto entre vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII da Parte Geral do RICMS/02. Exigência de Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – INTERNA - ÓCULOS. Constatou-se, mediante documentos fiscais de entrada, a aquisição de mercadorias sem o recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Infração caracterizada nos termos do disposto no art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente, nos termos da reformulação do crédito tributário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, vinculada à fiscalização do cumprimento de obrigações principal e acessórias do período de 01/04/08 a 31/07/10, versa sobre as seguintes irregularidades:

- falta de recolhimento de ICMS-ST na entrada de mercadorias sujeitas a substituição tributária interna, tendo em vista que o contribuinte mineiro, adquire mercadoria (óculos de sol) proveniente do Rio de Janeiro;
- venda desacoberta de documento fiscal, apurada por meio do confronto dos valores enviados pelas operadoras de cartão de crédito/débito somado a valores de vendas a dinheiro declarados pelo contribuinte em planilhas de detalhamento de vendas, com os valores declarados pelo contribuinte em DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) ou Extratos do Simples Nacional.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50%, capitulada nos termos do art. 56, inciso II e Multa Isolada de 40%, capitulada nos termos do art. 55, inciso II e § 2º ambas da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 163/167, onde, em síntese, alegou:

- ilegalidade do regime de substituição tributária;
- violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS;
- violação ao princípio do não-confisco;
- ao final requer nulidade do Auto de Infração e cancelamento da autuação.

Após a impugnação, o Fisco em nova verificação reformulou o crédito tributário (fls. 200/201). O contribuinte apresenta aditamento da Impugnação às fls. 206/210, onde, em síntese, alegou:

- que a alíquota de dedução da operação própria utilizada nos meses de janeiro a julho de 2009 foi de 7% (sete por cento) enquanto que, por ser operação interestadual, deveria ser de 12% (doze por cento);
- que devido à aplicação da penalidade, somada a atualização monetária, multa e juros de mora, estaria configurado o “bis in idem”;
- reitera argumentos e pedidos anteriormente formulados.

Após Impugnação e Aditamento o Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 212/218, refutando pontualmente cada alegação da Autuada e posicionando-se, ao final para que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Autuada alega nulidade do Auto de Infração por entender ser ilegal o regime de substituição tributária, além de considerar que houve afronta aos princípios constitucionais da não cumulatividade e do não confisco.

O argumento de nulidade confunde-se com o mérito. Por conseguinte, foi rejeitado, pois é abordado na decisão de mérito.

Do Mérito

A Impugnante questiona o fato de que a inclusão das mercadorias no regime da substituição tributária, e a atribuição de responsabilidade, se deram por meio de decreto, em dissonância com o que dispõe o art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), que exigiria lei para tanto, como se segue:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As questões de cunho constitucional levantadas pela Autuada (princípios da não cumulatividade e da vedação ao confisco) não serão analisadas, uma vez que não compete a este Órgão Julgador, nos termos do art. 110, I do RPTA/MG:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Contudo, ressalte-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, vez que expressamente previstas nos arts. 55, II e 56, II da Lei nº 6.763/75.

Quanto ao regime da substituição tributária e atribuição de responsabilidade, o § 8º do art. 22 da Lei nº 6.763/75 expressamente atribui responsabilidade tributária e autoriza o Poder Executivo a incluir mercadorias no regime de substituição tributária, que o faz legalmente por meio de decreto, a saber:

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

1 - conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela "E" anexa a esta Lei e com outras mercadorias, bens e serviços indicados pelo Poder Executivo;

A Impugnante sustenta, ainda, que a substituição tributária exige a presença de um terceiro, para que seja a ele atribuída a responsabilidade pelo imposto devido por outro contribuinte.

Ressalte-se que o regime da substituição tributária progressiva encontra fundamento na própria Constituição Federal, que em seu § 7º do art. 150 dispõe:

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Verifica-se que o referido regime não exige que um terceiro recolha o imposto de outrem, mas apenas determina a antecipação de recolhimento do imposto cujo fato gerador ainda não ocorreu, independentemente da atribuição de responsabilidade recair sobre terceiro.

Assim, no caso dos autos, foi atribuída à Impugnante a responsabilidade pelo recolhimento do imposto no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento cujo fato gerador somente ocorreria na saída, o que caracteriza-se com o instituto da substituição tributária progressiva.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda com relação à responsabilidade da Autuada e ausência de lei que defina base de cálculo e alíquota, com implicação de violação ao princípio da Legalidade Tributária, não procede a alegação.

As operações com mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária tem definição da base de cálculo disciplinada pelo § 19 do art. 13 da Lei nº 6.763/75.

§ 19 - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

1) em relação a operação ou prestação antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou da prestação praticado pelo contribuinte substituído;

2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c) a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Já a alíquota está prevista no art. 12 da Lei nº 6.763/75, aplicando-se, à operação própria e subseqüente(s), conforme as nuances do caso concreto.

Com relação à primeira irregularidade, verificou-se que o contribuinte adquiriu em operação interestadual mercadorias, classificadas como produtos óticos (óculos de sol), conforme Decreto nº 43.080/02, Anexo XV, Parte 2, item 20, sub-item 20.2.

Trata-se de substituição tributária interna portanto, o contribuinte mineiro é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST na entrada das mercadorias conforme dispõe o art. 14 do anexo XV do Decreto nº 43.080/02:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme demonstrou o Fisco às fls. 178/195, foram levantados os produtos constantes nas notas fiscais de entrada, classificados quanto à sujeição ao regime de substituição tributária, procedeu-se à dedução referente à operação própria, foi apurada a base de cálculo com a aplicação da margem de valor agregado (MVA) alíquota correspondente, e obtido o ICMS/ST devido.

Quanto à alíquota de dedução de 7% (sete por cento) aplicada no período entre 1/1/09 e 31/7/09, a mesma decorre do disposto na Resolução CGSN nº 51/08, conforme segue:

Art. 3º As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional deverão considerar, destacadamente, mensalmente e por estabelecimento, para fim de pagamento, conforme o caso:

...

§ 7º Na hipótese de a ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional se encontrar na condição de substituta tributária, as receitas relativas à operação própria decorrentes:

...

§ 8º Na hipótese do § 7º, a ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional deverá recolher a parcela dos tributos devidos por responsabilidade tributária diretamente ao ente detentor da respectiva competência tributária.

§ 9º Em relação ao ICMS, no que tange ao disposto no § 8º, o valor do imposto devido por substituição tributária corresponderá à diferença entre:

I - o valor resultante da aplicação da alíquota interna do ente a que se refere o § 8º sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou sobre o preço a consumidor usualmente praticado; e

II - o valor resultante da aplicação da alíquota de 7% (sete por cento) sobre o valor da operação ou prestação própria do substituto tributário.

A Resolução CGSN nº 51/08 foi alterada pela Resolução CGSN nº 61/09, com vigência a partir de 1/8/09, alterou a alíquota para 12% (doze por cento):

Art. 1º O inciso II do § 9º do art. 3º da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

...

II - o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação ou prestação própria do substituto tributário.

Na segunda irregularidade, foi demonstrado que o contribuinte promoveu saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apurado mediante confronto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entre declarações do contribuinte em DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) ou Extratos do Simples Nacional e vendas realizadas pela empresa com pagamento por meio de cartões de crédito e débito, somadas às informações prestadas pelo contribuinte referentes a vendas a dinheiro/cheques.

Sobre a diferença apurada aplicou-se multa isolada de 40%, não se exigindo ICMS, tendo em vista tratar-se de produtos sujeitos à ST (óculos de sol). Os valores estão expressos no RELATÓRIO II – DEMONSTRATIVO DAS VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL, de fls. 31/33.

O procedimento adotado pelo Fisco é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, Parte Geral do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários.

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.

Insta registrar, por oportuno, que a disciplina regulamentar da matéria encontra-se prevista nos art. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, in verbis:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

As informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Acrescente-se que as informações prestadas pelo contribuinte referentes a vendas a dinheiro/cheques são consideradas documento fiscal nos termos do art. 132, inciso II do RICMS/02.

Art. 132. São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 196. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Bruno Antônio Rocha Borges.

Sala das Sessões, 20 de maio de 2011.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

CC/MG