

Acórdão: 19.706/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171781-75
Impugnação: 40.010130982-33
Impugnante: Magox Distribuidora de Cosméticos Ltda
IE: 001092598.00-13
Proc. S. Passivo: Sauro Henrique de Almeida/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período da autuação, apurado em confronto com a denúncia espontânea apresentada em decorrência de aquisição de mercadorias em operação interestadual sujeitas ao regime de substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ARQUIVO ELETRÔNICO – ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Imputação fiscal de entrega de arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entradas e saídas de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período da autuação em desacordo com a legislação. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Acionado o permissivo legal, art. 53, §§ 3º e 13 da citada lei para reduzir a multa isolada a 50% (cinquenta por cento) do seu valor.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, no período de novembro de 2008 a novembro de 2009, apurado em confronto com a denúncia espontânea apresentada (PTA 05.000212274.04) e em decorrência de aquisição de mercadorias em operação interestadual, sujeitas ao regime de substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02;

2) entrega em desacordo com a legislação dos arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entradas e saídas de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de novembro de 2008 a novembro de 2009, sendo que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no período compreendido entre novembro de 2008 e janeiro 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75;
- em fevereiro de 2009 não constavam, do arquivo apresentado, os registros 54, 74 e 75;
- no período compreendido entre março e novembro de 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso XXXIV.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 977/984, em resumo, aos seguintes argumentos:

- a denúncia espontânea apresentada afasta a legitimidade da cobrança dos autos, pois esta se deu mediante levantamento feito pela própria Fiscalização;
- não há que se falar em cobrança de diferença já que a própria repartição fiscal, quando da citada denúncia, apresentou ao contribuinte a "conta devida" e este pagou e foi convencido disso pelo Fisco, que agora, depois de algum tempo, levando em conta as mesmas operações, vem dizer que o pagamento estava errado;
- ainda que se admita que estivesse errada a conta do Fisco, o que se diz em respeito ao debate, a Fiscalização poderia, na pior hipótese, cobrar diferença, mas nunca aplicando multas e juros;
- aplica-se ao caso o disposto no art. 100 do Código Tributário Nacional;
- a empresa que lhe forneceu as mercadorias (Libra Com. de Produtos de Limpeza Ltda) estava, à época dos fatos geradores, enquadrada no Simples Nacional;
- a diferença cobrada nada mais é que a parcela atinente ao IPI, ou seja, o Fisco somou o IPI destacado nos documentos fiscais com o valor total dos produtos e agregou-o à base de cálculo do ICMS devido em cada operação de remessa;
- estando a remetente albergada, à época dos fatos geradores pelo Simples Nacional, sabidamente, não poderia haver a integração deste IPI à base de cálculo do tributo já que condição simplificada já abarca a parcela do IPI;
- indevida também a exigência da penalidade isolada, pois, antes mesmo da lavratura do presente Auto de Infração, pediu ao Fisco um prazo para regularizar os registros magnéticos;
- a Fiscalização "deferiu" o pedido de dilatação protocolado, porém, antes mesmo desta da dilação outorgada vencer, novamente requereu, considerando as dificuldades patentes em casos tais, uma nova dilatação;
- este novo pedido não foi respondido e foi lavrado o presente Auto de Infração;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há intenção protelatória e, sim, uma dificuldade para resolver o problema que é um desprivilégio de todos, já que há uma gama de empresas com dificuldades na remessa destas informações via Sintegra;

- o próprio site do Conselho de Contribuintes informa o número de autuações neste sentido e evidencia que a autoridade está sensível à causa na medida em que, em vários casos, aplicou o permissivo legal, o que desde já se requer também;

- o registro "tipo 74" – inventário estará flagrantemente zerado, pois trabalha sobre a égide "*just in time*", ou seja, detém estoque zero, comprando e vendendo em ato contínuo;

- ainda que a destempo, apresenta os registros faltosos e requer a sensibilidade no sentido de aplicar o permissivo legal, já que não é reincidente, refez todos os registros suportando um custo que não estava em seu orçamento e não agiu com dolo ou má fé, ou seja, preenche os pressupostos à aplicação do permissivo legal.

Ao final, requer a juntada de novos documentos e, no mérito, a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 1.014/1.022, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos fundamentos que seguem:

- jamais foi apresentado ao Contribuinte levantamento algum de cálculo de ICMS que o mesmo deveria ter recolhido e não o fez;

- todos os procedimentos da Fiscalização foram absolutamente calcados nas normas contidas nos arts. 66 e 67 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, onde é prevista a oportunidade para que o Contribuinte, no período antecedente ao Auto de Início de Ação Fiscal, caso tenha interesse, usufrua do instituto da denúncia espontânea;

- após a apresentação da denúncia espontânea, o processo foi encaminhado à Fiscalização para que fosse realizada verificação nos termos do art. 211, inciso I do RPTA quando se constatou que os valores apresentados não estavam corretos e foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal, para que fosse realizado o levantamento e autuada a diferença;

- a alegação de que o IPI não compõe a base de cálculo para fins da apuração do ICMS/ST, não procede nos termos do § 19 do art. 13 da Lei n.º 6.763/75;

- legítima também a exigência da penalidade isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75, pois a Impugnante não entregou os arquivos eletrônicos com todos os registros determinados no prazo previsto nas normas estaduais que estabelecem a obrigação acessória;

- foram concedidos novos prazos à Impugnante para regularização da transmissão dos arquivos eletrônicos, mas nenhuma providência foi tomada;

- a Impugnante não apresentou, para todos os períodos, os arquivos tipos 54 e 75, e o tipo 74 - Inventário do estoque existente em 31 de dezembro de 2008, apenas para o mês de fevereiro/2009;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ainda que não haja estoque, o arquivo eletrônico referente ao mês de fevereiro de 2009, está incompleto, pois também faltam os registros de tipos 54 e 75;
- a Impugnante, até o momento, não reapresentou os arquivos eletrônicos objeto da autuação, conforme consulta ao catálogo Sintegra;
- a aplicação do permissivo legal está a cargo do órgão julgador, mas, cumpre destacar que os arquivos eletrônicos não foram regularizados.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada em 06 de março de 2012 (fl. 1.026), a Segunda Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, defere requerimento de juntada de documentos protocolados no CC/MG sob n.º 12.521, abrindo-se, em seguida, vista ao Fisco dos citados documentos.

Por estes documentos a Impugnante volta a se manifestar (fls. 1.027/1.032), aos seguintes argumentos:

- a despeito das notas fiscais conterem o destaque do IPI, este, de fato, não compôs o preço final da mercadoria e conseqüentemente não fora pago e não teve o valor suportado pelo destinatário;
- portanto, não há que se falar em cobrança, até porque, a Fiscalização a conduziu e instruiu a denunciar espontaneamente o que, até agora defende, não dever;
- neste sentido, irá até mesmo pedir a restituição do que "denunciou" e já pagou, pois nada daquilo era devido e somente pagou em face da praticidade já que o valor nem era tão expressivo assim e precisava ter a CND incólume;
- até mesmo admitindo que o Fisco esteja certo, o que é dito em respeito ao debate, o feito fiscal não segue o melhor caminho porque ele é contraditório;
- somente agora valeu-se de uma auditoria interna que está refazendo tudo o que o Fisco disse estar errado;
- para todas as operações o Fisco considerou o crédito de 7% (sete por cento) como o constante das notas fiscais autuadas, porém, há operações em que o crédito adotado foi de 12% (doze por cento), portanto, no período de 1º de janeiro a julho de 2009, a alíquota adotada não foi de 7% (sete por cento) e sim de 12% (doze por cento);
- no mínimo então, neste período, seguindo a coerência que todo trabalho fiscal deve seguir, estas parcelas citadas precisam ser excluídas;
- sabendo da manifestação fiscal e da tradição deste Conselho em casos tais, requer o cancelamento da penalidade isolada, pois não é reincidente e nem agiu com má-fé ou dolo e, conforme documentos anexos, acertou todos os arquivos tidos como faltosos, esclarecendo ainda que, com relação ao registro 74, de fato, trabalha sobre o regime conhecido como "*just in time*", portanto, não há mercadoria estocada.

Ao final, requer a juntada de documentos e o cancelamento das exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco também retorna aos autos, às fls. 1.151/1.155, ratificando os preceitos contidos em sua manifestação anterior e destacando que ainda existe um número considerável de notas fiscais em relação às quais não foram apresentados os respectivos registros 54. Sustenta que, na verdade, a Impugnante apresentou somente, e de forma incompleta, os registros tipo 54 referentes às entradas de mercadorias, enquanto o correto seria informar a totalidade de suas operações (entradas e saídas). Além disto, ressalta que a transmissão do mês de junho de 2009 não foi recepcionada pela Secretaria de Estado da Fazenda.

Como houve a juntada de documentos (fls. 1.156/1.242), o Fisco concede vista dos autos à Impugnante (fl. 1.243/1.244) que volta a se manifestar às fls. 1.250/1.251 afirmando que, inobstante os documentos terem sido intempestivamente juntados pela Fiscalização, são mais de 50 (cinquenta) páginas colacionadas e somente lhe foi dado 5 (cinco) dias dos quais 2 (dois) deles recaem no final de semana. Destaca também que a Fiscalização silencia-se acerca das diferenças de alíquotas, portanto seria improcedente o critério adotado pela Fiscalização.

O Fisco também retorna aos autos às fls. 1.255/1.256 destacando, em síntese:

- a Impugnante comparece, novamente, aos autos carente de argumentos que justifiquem sua intervenção, gerando uma discussão redundante;
- apesar da alegação de que o tempo para examinar os documentos juntados seria exíguo, na verdade não se configura "juntada de documentos", pois somente apresentou a relação das notas fiscais de saídas, as quais a Contribuinte não transmitiu nenhuma informação dos seus itens, ou seja, o registro tipo 54;
- esta relação de notas fiscais foi incluída apenas a título de esclarecimento, pois esta informação já era de total conhecimento da Impugnante, quando juntou aos autos os recibos de transmissão do Sintegra;
- não há que se falar em mais prazo para vista da relação de notas fiscais acrescentada, uma vez que a Impugnante já tinha pleno conhecimento da informação;
- quanto às alíquotas, também houve manifestação explicando detalhadamente que no cálculo do ICMS/ST, utilizou para dedução a título de ICMS/operação própria, o percentual definido, em cada período, pelas disposições estabelecidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

Ao final, destaca que o crédito tributário está em conformidade com as disposições da legislação tributária e pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais:

- recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, no período de novembro de 2008 a novembro de 2009, apurado em confronto com a denúncia espontânea apresentada (PTA 05.000212274.04) e em decorrência de

aquisição de mercadorias em operação interestadual, sujeitas ao regime de substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02;

- entrega em desacordo com a legislação dos arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entradas e saídas de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de novembro de 2008 a novembro de 2009, sendo que:

a) no período compreendido entre novembro de 2008 e janeiro 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75;

b) em fevereiro de 2009 não constavam, do arquivo apresentado, os registros 54, 74 e 75;

c) no período compreendido entre março e novembro de 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso XXXIV.

Inicialmente é importante destacar que a Impugnante pede, em sua última manifestação nos autos, concessão de prazo maior para vista após a juntada de documentos promovida pelo Fisco.

A Defendente alega que o tempo foi exíguo para examinar os documentos juntados pela Fiscalização.

Importa ressaltar que os chamados “documentos apresentados” pelo Fisco trata-se de relação das notas fiscais de saídas em relação às quais a Impugnante não transmitiu nenhuma informação dos seus itens, ou seja, o registro tipo 54.

Esta relação de notas fiscais de saídas sem o registro 54 foi incluída apenas a título de esclarecimento, pois a informação já era de conhecimento da Impugnante, quando juntou aos autos os recibos de transmissão do Sintegra (fls. 1.068/1.079), onde no campo "valores totais por Registro", pode-se observar que o campo específico do "Registro 54, saída, valor total", aparece zerado em todos os recibos apresentados.

Portanto, não há necessidade de dilatação de prazo para vista da relação de notas fiscais apresentada, uma vez que a Impugnante já tinha conhecimento das afirmações ali constantes.

Além disto, a concessão da dilatação do prazo resta prejudicada uma vez que tais documentos tratam apenas da questão dos arquivos eletrônicos e de argumentos que a Fiscalização já apresentava desde sua primeira manifestação nos autos.

Ademais, tendo em vista a decisão da Câmara, a Impugnante terá mais 30 (trinta) dias para promover o acerto em seus arquivos.

Some-se ainda que a relação apresentada pelo Fisco não altera a decisão da Câmara e a concessão de vista apenas retardaria o julgamento, sem qualquer benefício para nenhuma das partes.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se à análise do mérito e, para melhor visualização da decisão, trata-se cada uma das imputações fiscais separadamente.

1) Recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, no período de novembro de 2008 a novembro de 2009.

Esta imputação fiscal partiu do confronto com a denúncia espontânea apresentada pela Impugnante (PTA 05.000212274.04) e as exigências decorrem de aquisição de mercadorias em operação interestadual, sujeitas ao regime de substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Neste tópico são exigidos o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

A Impugnante sustenta que não haveria qualquer valor a ser pago, pois a denúncia espontânea foi feita a partir dos cálculos elaborados pela própria Fiscalização devendo, assim, no mínimo, ser aplicada a regra constante do art. 100 do Código Tributário Nacional.

Já a Fiscalização afirma que jamais foi apresentado à Contribuinte levantamento algum de cálculo de ICMS.

Certo é que não há provas nos autos de que o recolhimento realizado por meio da denúncia espontânea tenha sido feito com base em cálculos apresentados pela Fiscalização.

Não havendo esta prova, afasta-se a aplicação do art. 100 do Código Tributário Nacional.

Ademais, de acordo com as informações dos autos, os procedimentos adotados pela Fiscalização foram calcados nas normas contidas nos arts. 66 e 67 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto 44.747/08, onde é prevista a oportunidade para que o Contribuinte, no período antecedente ao Auto de Início de Ação Fiscal, caso tenha interesse, usufrua do instituto da denúncia espontânea, a saber:

Art. 66. A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracterizam o início da ação fiscal:

I - monitoramento, assim considerada a avaliação do comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante o controle corrente do cumprimento de obrigações e análise de dados econômico-fiscais, apresentados ao Fisco ou obtidas mediante visitação in loco; e

II - exploratório, assim considerada a atividade destinada a aumentar o grau de conhecimento sobre as atividades econômicas ou o comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante visitação in loco, verificação de documentos e registros, identificação de indícios sobre irregularidades tributárias ou análise de dados e indicadores;

III - cruzamento eletrônico de dados, assim considerado o confronto entre as informações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

existentes na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda, ou entre elas e outras fornecidas pelo sujeito passivo ou terceiros.

Art. 67. Na realização dos procedimentos de monitoramento ou exploratório será observado o seguinte:

I - identificado indício de infração à legislação tributária, o titular da Delegacia Fiscal encerrará o procedimento e incluirá o sujeito passivo na programação fiscal para apuração das possíveis irregularidades, podendo a referida inclusão e a possibilidade de denúncia espontânea serem comunicadas ao sujeito passivo;

II - constatada infração à legislação tributária, será lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal, exceto nos casos de dispensa deste para a lavratura de Auto de Infração;

III - relativamente ao procedimento exploratório, o sujeito passivo será cientificado do seu início e encerramento.

Assim, após a apresentação da denúncia espontânea pela Impugnante, o processo foi encaminhado à Fiscalização para que fosse realizada verificação nos termos do art. 211, inciso I do RPTA, *in verbis*:

Art. 211. Recebida a denúncia espontânea, o Fisco realizará:

I - a conferência do valor recolhido pelo sujeito passivo, ou que tenha sido objeto de pedido de parcelamento, lavrando Auto de Infração relativo à diferença, se for o caso, e aplicando as multas exigíveis na ação fiscal;

II - a apuração do débito, quando o montante depender desse procedimento.

Procedendo à verificação e tendo constatado que os valores apresentados não estavam corretos, a Fiscalização emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, para que fosse realizado o levantamento.

Deste trabalho, surgiu o presente Auto de Infração.

A Defendente argui ainda que o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI não comporia a base de cálculo para fins da apuração do ICMS devido por substituição tributária, tendo em vista estar a remetente inscrita no Simples Nacional.

O regime simplificado conhecido por Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual contém as normas gerais deste sistema.

O Simples Nacional não abarca o imposto devido a título de substituição tributária, conforme disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "a" da Lei Complementar n.º 123/06, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

.....
§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

.....
XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

.....
A Lei Complementar n.º 123/06 determinou, ainda, competência ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) para disciplinar a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo regime unificado a condição de contribuinte substituto tributário.

Pela Resolução CGSN n.º 51/08 foram ditados os critérios para a apuração do imposto devido a título de substituição tributária.

Voltando-se à legislação mineira encontra-se disciplinada no § 19 do art. 13 da Lei n.º 6.763/75, a definição da base de cálculo para as operações com mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, a saber:

Art. 13 -

§ 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 subsequentes, 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 subsequentes, 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Desta forma, a base de cálculo do ICMS/ST está definida no § 19 do art. 13 da Lei n.º 6.765/75, acima transcrito.

O adquirente de produto junto a contribuinte optante pelo Simples Nacional, responsável pelo imposto devido pelas operações subsequentes, deverá para fins de cálculo do ICMS/ST, deduzir a título de ICMS/operação própria, a parcela equivalente à aplicação do percentual estabelecido na legislação sobre o valor da operação realizada.

A Lei Complementar n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, modificou a Lei Complementar n.º 123/06, mas também determinou competência ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) para disciplinar a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo regime simplificado de tributação.

Até 31 de dezembro de 2008, a apuração do ICMS devido por substituição tributária não havia sido regulada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional. Cada unidade da Federação determinou, então, a própria maneira de obtenção do ICMS/ST.

Em Minas Gerais o valor do ICMS devido pela operação própria seria considerado para o cálculo do imposto devido por substituição tributária.

A partir de 1º de janeiro de 2009, conforme § 12 do art. 3º da Resolução CGSN n.º 51/08, perderam a eficácia as disposições relativas à substituição tributária que não atendiam à disciplina estabelecida na mesma Resolução.

Por conseguinte, na apuração do imposto devido por substituição tributária, relativamente às mercadorias adquiridas de contribuinte optante pelo Simples Nacional, em operação interestadual, realizada até 31 de julho de 2009, deveria ser deduzido a título de ICMS/operação própria o resultado da aplicação do percentual de 7% (sete por cento) sobre o valor da respectiva operação, nos termos do disposto no § 9º do art. 3º da Resolução CGSN n.º 51/08.

Com a publicação da Resolução CGSN n.º 61, de 09 de julho de 2009, que alterou o disposto no § 9º do art. 3º mencionado, para a apuração do ICMS/ST relativamente às operações ocorridas a partir de 1º de agosto de 2009, o valor a ser deduzido a título de ICMS/operação própria seria o resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação ou prestação própria do remetente da mercadoria.

Desta forma, legítima a inclusão do IPI na base de cálculo e as alíquotas utilizadas nos autos para cálculo do ICMS/ST.

2) Entrega em desacordo com a legislação dos arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entradas e saídas de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de novembro de 2008 a novembro de 2009

Neste tópico a exigência é da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importa destacar que as falhas detectadas nos arquivos foram as seguintes:

- a) no período compreendido entre novembro de 2008 e janeiro 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75;
- b) em fevereiro de 2009 não constavam, do arquivo apresentado, os registros 54, 74 e 75;
- c) no período compreendido entre março e novembro de 2009 os arquivos foram apresentados sem que deles constassem os registros 54 e 75.

Analisando esta irregularidade tem-se que a obrigatoriedade de entrega, mensal, dos arquivos eletrônicos solicitados pelo Fisco, está prevista nos arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o artigo anterior, observado o disposto o artigo 39 desta Parte, será realizada, mensalmente, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br);

§ 2º - O recibo de entrega do arquivo será gerado após a transmissão da mídia.

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração é formal e objetiva, encontrando-se caracterizada nos autos.

O art. 10 do Anexo VII acima transcrito obriga os contribuintes elencados no § 1º, a manterem o arquivo eletrônico referente à totalidade de suas operações realizadas no período de apuração, contendo registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

Já o art. 11 estabelece que a entrega do arquivo eletrônico deverá ser realizada mensalmente através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante não procedeu à entrega dos arquivos na forma prevista na legislação uma vez dele não constarem alguns registros.

Como se percebe pela legislação transcrita e através da constatação fiscal, a Defendente não cumpriu a sua obrigação, ou seja, não entregou os arquivos eletrônicos com todos os registros determinados no prazo previsto nas normas estaduais que estabelecem a obrigação acessória, acarretando, dessa forma, a aplicação da penalidade prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75, que tem a seguinte redação:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

A impugnante não cumpriu a sua obrigação, ou seja, não entregou os arquivos eletrônicos com todos os registros determinados no prazo previsto nas normas estaduais que estabelecem a obrigação acessória.

Embora já venha definido na legislação o prazo para cumprimento, que até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações, foram concedidos novos prazos, através do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, bem como do deferimento do pedido de prorrogação de prazo (fl. 04), para regularização da transmissão dos arquivos eletrônicos, mas nenhuma providência foi tomada.

No dia 16 de setembro de 2011 a Impugnante solicitou prazo de 60 (sessenta) dias para reapresentação dos arquivos eletrônicos.

No dia 19 de setembro de 2011 a Fiscalização deferiu o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do pedido, ou seja, os arquivos deveriam ser reapresentados até o dia 17 de outubro de 2011.

O Auto de Infração foi lavrado em 19 de novembro de 2011.

No dia 25 de novembro de 2011 a Impugnante solicitou novo prazo através do e-mail, transcrito às fls. 1.018/1.019.

No dia 26 de novembro de 2011 a Fiscalização respondeu o e-mail, através do mesmo canal de comunicação, conforme demonstrado à fl. 1.019, explicando que os trabalhos fiscais tiveram prosseguimento no dia 18 de outubro de 2011.

Em relação aos tipos de registro que a Impugnante não apresentou, constam do Relatório Fiscal de fl. 10, para todos os períodos, os tipos 54 e 75, e o tipo 74 - Inventário do estoque existente em 31 de dezembro de 2008, apenas para o mês de fevereiro de 2009.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprе ressaltar que, mesmo não havendo estoque em 31 de dezembro de 2008, o arquivo eletrônico referente ao mês de fevereiro de 2009, está incompleto, pois também faltam os registros de tipos 54 e 75.

No que pertine à alegação da Impugnante de que “*acertou todos os arquivos tidos como faltosos*”, as provas dos autos conduzem a entendimento distinto, pois conforme pode ser constatado, pelas planilhas anexadas pelo Fisco às fls.1.156/1.242, ainda existe um número considerável de notas fiscais, em relação às quais não foram apresentados os respectivos registros 54.

A Impugnante apresentou somente, e de forma incompleta, os registros tipo 54 referentes às entradas de mercadorias, enquanto o correto seria informar a totalidade de suas operações (entradas e saídas). Veja que nos meses novembro de 2008, janeiro, março, abril, agosto de 2009 estão assinaladas algumas notas fiscais de entrada, em que o contribuinte não informou os respectivos itens das notas fiscais.

Como já dito e deve ser repetido pela importância, estas planilhas são apenas explicativas, pois a Impugnante tinha conhecimento das informações ali constantes uma vez que no próprio recibo de transmissão do Sintegra, por ela juntado aos autos, pode-se observar que no campo “Valores Totais por Registro”, consta somente o valor total do Registro 54, referente às entradas em relação às saídas como valor total (0,00).

Cabe destacar que a transmissão do mês de junho de 2009 não foi recepcionada pela Secretaria de Estado da Fazenda, o que pode ser verificado no próprio recibo de transmissão do respectivo arquivo, apresentado pela Impugnante, onde, ao contrário dos demais, encontra-se em branco o espaço reservado ao “carimbo de recepção do arquivo”. Por conseguinte, em relação a este mês, nenhum registro tipo 54 foi apresentado (vide contagem de tipo de registro referente a junho de 2009 em anexo).

No entanto, estabelece o art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

Para ficar ainda mais clara a questão, veja-se a regra contida no citado § 3º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75:

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.
.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a aplicação do permissivo legal não atinge o mérito da imputação fiscal, mas apenas reduz a exigência da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, infração considerada como cometida.

Assim, caso a empresa volte a praticar a mesma infração, no período de 05 (cinco) anos, será considerada reincidente, a multa será aplicada em dobro e o Conselho de Contribuintes não mais poderá reduzir ou cancelar a penalidade lhe aplicada. É esta a determinação contida nos §§ 5º e 6º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75, in verbis:

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

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

- 1) de reincidência;
- 2) de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;
- 3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.
- 4) de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei;
- 5) de aproveitamento indevido de crédito;
- 6) de imposição da penalidade prevista na alínea "b" do inciso X do art. 54 desta lei.

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

Além destas questões, no caso em tela deve também ser destacada a regra contida no § 13 do citado art. 53, a saber:

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

.....
§ 13. A multa prevista no inciso XXXIV do art. 54 desta lei, além das reduções previstas no § 9º deste artigo, poderá ser reduzida, na forma do § 3º deste artigo, a até 50% (cinquenta por cento) do valor, ficando a redução condicionada a que seja sanada a irregularidade e efetuado o pagamento integral no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão irrecorrível do órgão julgador administrativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, com base nos dispositivos legais supracitados e tendo em vista os elementos dos autos aliados a não comprovação de ter a Impugnante agido com dolo, fraude ou má-fé, é cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a 50% (cinquenta por cento) de seu valor a penalidade isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei n.º 6.763/75.

No caso dos autos deve ainda a Impugnante observar que esta redução encontra-se condicionada a que seja sanada a irregularidade e efetuado o pagamento integral no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão irrecurável do órgão julgador administrativo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, em acionar o permissivo legal para reduzir a multa isolada a 50% (cinquenta por cento) do seu valor nos termos do art. 53, § 3º c/c o § 13 da Lei nº 6763/75, ficando a redução condicionada a que seja sanada a irregularidade e efetuado o pagamento integral no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão irrecurável do órgão julgador administrativo. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Tábata Hollerbach Siqueira (Revisora), Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 20 de junho de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora