

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.764/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174034-89
Impugnação: 40.010132460-89
Impugnante: Rema Distribuidora de Tabacos Ltda
IE: 701356057.01-08
Coobrigados: Cíntia Aparecida Cardoso
CPF: 045.902.436-10
Alberto Mariano dos Santos
CPF: 030.071.006-23
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL – CIGARROS. Constatou-se a entrada e a saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária (cigarros e outros), desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre a documentação extrafiscal devidamente apreendida no estabelecimento autuado e no de seu fornecedor, com a escrita fiscal da Autuada. Exigência do ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II e § 2º da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II do mesmo diploma legal. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as operações realizadas pela Autuada, no período de 04 de outubro de 2010 a 31 de janeiro de 2011, de entrada e saída de cigarros e outras mercadorias, desacobertas de documentação fiscal, a partir de documentação extrafiscal apreendida no estabelecimento da autuada e no de seu fornecedor (empresa Green Day Comércio de Produtos Alimentícios Ltda).

Exigem-se o ICMS/ST, a Multa de Revalidação em dobro, conforme art. 56, inciso II, e § 2º, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 207/242, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 254/260.

DECISÃO

Da Preliminar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante alega em sua defesa que o Auto de Infração é irregular no tocante às penalidades aplicadas, uma vez que não as expressa com clareza, nem como se deram os cálculos de seus montantes.

Argumenta que, assim sendo, torna-se impossível a apresentação da ampla defesa, o que ocasiona a nulidade processual.

Contudo, é possível verificar que as penalidades estão devidamente discriminadas e demonstradas na peça fiscal, por meio dos seguintes documentos:

a) a legislação que prevê a aplicação das multas encontra-se mencionada às fls. 06, bem como às fls. 16;

b) os itens “2 – Levantamento Quantitativo e Demonstrativo do Cálculo de Base de Cálculo para Tributação/Cigarros”, às fls. 21/99, e “3 - Levantamento Quantitativo e Demonstrativo do Cálculo de Base de Cálculo para Tributação/Outros Produtos”, às fls. 100/112, trazem a apuração feita pelo Fisco da base de cálculo da multa isolada exigida;

c) o item “4 – Resumo das Irregularidades Apuradas”, às fls. 113/122, trata da base de cálculo das entradas e das saídas desacobertadas, para fins de cálculo da multa isolada;

d) o item “5 – Demonstrativo do Cálculo da Multa Isolada”, às fls. 123, oferece a base de cálculo e a apuração mensal da multa isolada tanto por entradas quanto por saídas desacobertadas;

e) o item “6 – Demonstrativo do Crédito Tributário”, às fls. 124, traz o cálculo das multas de revalidação e isolada;

f) às fls. 07 consta o “Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM”, anexo ao Auto de Infração.

Note-se, ainda, que o presente lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, a apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade cabível.

O Auto de Infração em comento contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações e o valor do imposto exigido. Foram citados os dispositivos infringidos, as penalidades e observados todos os requisitos formais e materiais previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA.

Portanto, rejeita-se a preliminar de nulidade arguida.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre a constatação de operações realizadas pela Impugnante de entrada e saída de cigarros e outras mercadorias, desacobertadas de documentação fiscal, deixando de recolher, em consequência, o ICMS/ST devido, no período de 04 de outubro de 2010 a 31 de janeiro de 2011.

O Relatório Fiscal, às fls. 13/16, traz a informação de que, em 08/11/11, em operação regional desencadeada em grupo de empresas atacadistas de cigarros, foram apreendidos documentos de controle gerencial pertencentes à Impugnante, junto a seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento. Também foram apreendidos documentos no estabelecimento de seu fornecedor, a empresa Green Day Comércio de Produtos Alimentícios Ltda - ME, que se encontra inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais sob o nº 001613558.00-51.

Naquela oportunidade, foram lavrados o Auto de Apreensão e Depósito nº 021320, fls. 157/158, junto à Impugnante; e o de nº 008518, fls. 139/140, junto à Green Day.

Em 24/02/12, foi emitido pelo Fisco o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000001626.95, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 04/10/10 a 24/02/12. Este documento foi enviado pelos Correios, conforme provas às fls. 03/04.

O trabalho fiscal está fundamentado no art. 16, incisos II, III, VI, VII, IX e XIII da Lei nº 6.763/75, abaixo transcritos:

Art. 16- São obrigações do contribuinte:

(...)

II - manter livros fiscais devidamente registrados na repartição fazendária, bem como os documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária;

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

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

As obrigações de emitir documentos fiscais na entrada de mercadorias e exigi-los na saída, encontram-se também previstas no art. 96, inciso X da Parte Geral do RICMS, *in verbis*:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

A obrigação tributária acessória de movimentar mercadorias somente quando acobertadas de documentação fiscal encontra-se, ainda, prevista no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Os documentos apreendidos, às fls. 143/155 e 159/178, trazem elementos que caracterizam e comprovam a realização de operações de entrada e saída de mercadorias. São eles: a razão social da Impugnante; a denominação “Relatório de Estoque com Remessas de Produtos”; a data de referência e a hora, o código das mercadorias e sua descrição; o valor de estoque na empresa; o valor de estoque remessa, o valor do estoque total, o custo unitário e o custo total.

O estoque sem movimento registrado no livro de Registro de Inventário na data de 31/12/12, às fls. 126/128, assim como os Demonstrativos das Operações/Prestações de Entradas e Saídas (às fls. 129/132) onde consta, no período de 01/10/10 a 31/01/11, apenas o registro das notas fiscais relacionadas às fls. 133, demonstram que não houve o registro regular da movimentação de mercadorias, em consonância com a legislação tributária, neste período.

A Impugnante não reconhece, em sua defesa, que os documentos apreendidos na empresa Green Day espelham operações de sua titularidade, uma vez que alega que não se encontrava em atividade no período fiscalizado. Porém, o documento constante às fls. 09 comprova que, formalmente, a data de início de atividade e de inscrição estadual foi o dia 04/10/10, sendo essa a data inicial do período fiscalizado. Acresça-se que o primeiro registro extrafiscal de operação com mercadorias no estabelecimento da Autuada corresponde ao dia 13/10/10, conforme documento às fls. 159.

Argumenta, ainda, que o Fisco equivocadamente teria se embasado em relatórios pertencentes à Green Day, que é estabelecida em Uberlândia, e que as duas empresas não têm qualquer relação societária ou pertencem ao mesmo grupo econômico.

Entretanto, no documento acostado pelo Fisco às fls. 262/263, denominado “Balancete de Verificação” da empresa Green Day, consta a Impugnante como empresa coligada, permitindo concluir que, ao contrário do que afirma a Defesa, ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico. Daí, explica-se o fato de que no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento da Green Day houvesse documentação de controle gerencial da Impugnante.

A Defesa busca ressaltar que os relatórios apreendidos pelo Fisco não dariam sustentação para confirmar a circulação de mercadorias, frisando que, assim, não teria ocorrido ato ou negócio jurídico para que houvesse a incidência do imposto.

No entanto, verifica-se, em confronto com a escrita fiscal da Autuada, que os controles extrafiscais apreendidos não deixam dúvida de que descrevem a conduta comercial da empresa Rema Distribuidora de Tabacos Ltda, nem de que sua emissão teve a finalidade de registrar operações de estoque, entrada e saída de cigarros e outras mercadorias, para as quais não foi emitido o correspondente documento fiscal acobertador.

A diligência fiscal preliminar de apreensão de documentos, já mencionada, encontra respaldo na Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional, que em seu art. 195 assim estabelece:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75 estabelece a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Sendo assim, encontra-se provado nos autos que os controles extrafiscais apreendidos nos estabelecimentos das empresas coligadas Rema e Green Day o foram segundo previsão legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O recolhimento regular do imposto devido por substituição tributária se faz por ocasião da aquisição da mercadoria, pelo regime de substituição interestadual (convênio) ou pela modalidade de substituição tributária interna. Originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento de tal imposto é o contribuinte eleito pelo legislador como substituto tributário, conforme disposto no art. 22 da Lei nº 6.763/75:

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

Entretanto, se este imposto não é retido pelo substituto, aquele que recebeu a mercadoria sem a devida retenção é responsável pelo recolhimento do imposto não pago, conforme disposto nos §§ 18 e 19 do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

A previsão legal para a obrigação pelo recolhimento do ICMS/ST atribuída ao estabelecimento destinatário das mercadorias encontra-se no art. 15, e seu parágrafo único da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As mercadorias, objeto da infração, encontram-se listadas no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária, identificadas nos itens 2.1, 7.1, 7.3 e 8.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

A base de cálculo do ICMS/ST encontra-se prevista nos arts. 19 e 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

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

I - em relação às operações subseqüentes:

a) tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

(...)

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subseqüentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

(...)

Contudo, nas operações com cigarros a base de cálculo do ICMS/ST é o preço sugerido pelo fabricante para a venda a consumidor final, conforme previsto no art. 48 do Anexo XV do RICMS/02:

CAPÍTULO II - Das Operações Relativas a Cigarros e Outros Derivados do Fumo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 48. Para os efeitos de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária nas operações subseqüentes com as mercadorias de que trata o item 2 da Parte 2 deste Anexo, o preço sugerido pelo fabricante não está sujeito à aprovação em portaria da Superintendência de Tributação.

A Impugnante alega que o cigarro encontra-se sujeito ao ICMS/ST e que este teria sido originado da empresa Green Day, a qual recolhera regularmente o tributo.

É certo que, para afastar a exigência do ICMS/ST e da multa de revalidação, tem que se provar que ocorrera o recolhimento quando da operação de aquisição, mas tal fato não foi comprovado nos autos. Por isso, coube razão ao Fisco em exigir o recolhimento do ICMS/ST devido.

Nas operações com cigarros, em observância ao disposto no referido art. 48 do Anexo XV do RICMS, o Fisco declarou, às fls. 14, que procurou obter, sem sucesso, os preços sugeridos pelos industriais fabricantes.

O arbitramento de valores baseou-se no art. 51, III da Lei nº 6.763/75, bem como nos arts. 53, III e 54, § 4º da Parte Geral do RICMS/02:

Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

RICMS/02:

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

A partir de tabelas de preços publicadas pelo fabricante, às fls. 180/183, e preços obtidos junto à Green Day, o Fisco, em casos em que não havia perfeita consonância entre as operações realizadas e o lapso de tempo delineado pelas tabelas, baseou-se corretamente no referido inciso I do art. 53 do RICMS/02, para arbitrar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valores de base de cálculo, e para isso utilizou-se do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, às fls. 184, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. O “Demonstrativo do Cálculo do Valor de Venda Varejo – Cigarros” encontra-se às fls. 17/20.

Para as demais mercadorias, a base de cálculo do ICMS/ST foi estabelecida com base no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, já transcrito.

A Margem de Valor Agregado – MVA, para as outras mercadorias objeto da autuação que não cigarros, foi devidamente extraída dos itens 7.1, 7.3 e 8.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Coube razão ao Fisco em basear-se na Instrução Normativa SCT nº 001 de 03/02/06, para incluir como Coobrigados os integrantes do quadro societário da Impugnante, tendo em vista que essa teve sua inscrição estadual cancelada em 13/03/12, conforme atesta o extrato do SICAF às fls. 09.

Provada a ocorrência da infração, como no presente caso, é cabível a aplicação das multas estipuladas pela legislação mineira.

Quanto às penalidades, dispõe o art. 53 da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

II - o valor das operações ou das prestações realizadas ou da base de cálculo estabelecida pela legislação;

III- o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

(...)

§ 1º As multas serão cumulativas, quando resultarem concomitantemente do não cumprimento de obrigação tributária acessória e principal.

No presente caso, o recolhimento a menor do ICMS, decorrente da saída desacobertada de mercadorias, torna aplicável é a penalidade prevista no art. 56, II da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

(...)

Já a conduta de dar entrada e saída a mercadoria desacobertada enseja a aplicação da multa prevista no art. 55, II, também da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

Quanto ao questionamento da Impugnante sobre a confiscatoriedade das multas aplicadas, deve-se destacar que tais multas têm amparo na legislação mineira, como já demonstrado. Portanto, a apreciação de tal alegação fica prejudicada em função do art. 110, inciso I do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que apresenta a seguinte redação:

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;

Assim, verifica-se que no presente caso restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Pimenta da Rocha (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 15 de janeiro de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente

Alexandre Périssé de Abreu
Relator