

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.633/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000205658-77
Impugnação: 40.010136242-61
Impugnante: Frimaq Ltda
IE: 062118685.00-26
Proc. S. Passivo: Berenice Reis Lopes/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - INTERNA. Constatou-se, mediante análise dos livros e documentos fiscais, a aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária interna de contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação, sem o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, na entrada em território mineiro, nos termos dos arts. 14 e 46, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatou-se, mediante análise dos livros e documentos fiscais, a aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária por protocolo/convênio, de contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação, sem o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, na entrada em território mineiro, nos termos dos arts. 12 e 46, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, item II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADAS – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA - PRESUNÇÃO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal decorrente da falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entrada, apurada com base em notas fiscais eletrônicas de aquisição de mercadorias para comercialização, circunstância esta que autoriza a presunção da ocorrência de saída das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Crédito reformulado pelo Fisco.

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL – FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre a diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadoria, de outra Unidade da Federação, devido pela microempresa e empresa de pequeno porte, conforme disposto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alínea "a" da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

I - falta de recolhimento de ICMS/ST:

1- referente a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária interna, destinadas à comercialização, constantes nos itens 18.2.20, 18.2.22, 18.2.26, 18.2.29, 18.2.3, 22.2.2, 22.2.3, 23.2.7, 29.2.16, 29.2.3, 44.2.1 e 44.2.2 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período setembro de 2009 a abril de 2013.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75;

2 - referente a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária por protocolo/convênio, destinadas à comercialização, constantes nos itens 11.1, 11.2, 11.6, 14.20, 14.47, 18.1.13, 18.1.14, 18.1.16, 18.1.18, 18.1.4, 18.1.43, 18.1.5, 18.1.50, 18.1.51, 18.1.52, 18.1.55, 18.1.6, 18.1.62, 18.1.63, 18.1.64, 18.1.66, 18.1.69, 18.1.70, 18.1.77, 18.1.78, 18.1.79, 18.1.81, 18.1.82, 18.1.84, 22.1.15, 22.1.17, 22.1.33, 22.1.40, 22.1.7, 22.1.8, 23.1.2, 23.1.3, 23.1.31, 23.1.35, 23.1.4, 24.1.29, 27.10, 29.1.1, 29.1.10, 29.1.11, 29.1.14, 29.1.15, 29.1.19, 29.1.23, 29.1.24, 29.1.26, 29.1.26, 29.1.27, 29.1.36, 29.1.40, 29.1.49, 29.1.50, 30.1.1, 30.1.10, 30.1.12, 30.1.13, 30.1.6, 30.1.9, 44.1.15, 44.1.16, 44.1.17, 44.1.19, 44.1.2, 44.1.23, 44.1.24, 44.1.27, 44.1.29, 44.1.30, 45.1, 45.1.1, 45.1.14, 45.1.3, 45.1.4, 45.12, 45.14, 45.3, 45.4, 45.8, 46.10, 46.9 e 5.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de agosto de 2009 a abril de 2013.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II c/c seu § 2º, item II da Lei nº 6.763/75;

II – falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS em consequência de:

1 - saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2010, janeiro a junho e agosto a dezembro de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2011, e janeiro de 2012, apuradas com base em NF-e de aquisições de mercadorias para comercialização, não registradas nos livros Registros de Entradas, gerando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do imposto.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada (20% do valor da operação) prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da referida lei;

2 - falta de antecipação de imposto, relativo a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, nos meses de setembro de 2009 a março de 2013, gerando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do imposto.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação (50%), prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75;

III - falta de registro no livro Registro de Entradas, nos meses de fevereiro a junho, agosto, novembro e dezembro de 2011 e janeiro de 2012, de notas fiscais eletrônicas de aquisições de ativo imobilizado, material para uso/consumo e *software*.

Exige-se Multa Isolada (5% do valor da operação), prevista no art. 55, inciso I, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Emitiu-se, ainda, o Termo de Exclusão do Simples Nacional, de acordo com o disposto nos §§ 1º e 3º e incisos V e XI do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, §§ 1º e 2º e inciso II do art. 75 e alíneas “d” e “j” do inciso IV, § 3º e inciso I do § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 580/588.

O Fisco manifesta-se às fls. 800/813 acatando em parte os argumentos da Impugnante e promovendo a reformulação do lançamento com a exclusão das exigências em relação a algumas notas fiscais.

A Contribuinte é regularmente intimada desse procedimento, mas não se manifesta.

O Fisco comparece aos autos às fls. 817/825 pugnando pela manutenção do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 08/10/14, determina a realização de diligência para que o Fisco anexasse aos autos o Termo de Exclusão do Simples Nacional a que faz referência à fl. 819, que resulta na Manifestação do Fisco à fl. 831 e juntada de documentos de fls. 832/836.

Aberta vista para a Impugnante que manifesta-se às fls.838/843, anexando o CD de fl. 844.

O Fisco manifesta-se às fls. 902/906.

DECISÃO

Tratam os autos da falta de recolhimento do ICMS/ST nas operações detalhadas no relatório.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao item I do Relatório Fiscal, a Impugnante argumenta que na substituição tributária devem ser considerados os códigos NBM/SH das mercadorias descritas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, mas o que se observa no Anexo 3 do Auto de Infração (CD de fl. 579) é que constam mercadorias com códigos NBM/SH diversos daqueles elencados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, mercadorias não sujeitas à tributação por substituição tributária.

Entretanto, não assiste razão à Impugnante, pois os códigos NBM/SH vinculados às mercadorias e considerados pelo Fisco são exatamente aqueles elencados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Todas as mercadorias relacionadas no referido Anexo 3 estão identificadas com o respectivo código NCM (Nomenclatura Comum Mercosul), sendo citado o subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 correspondente à tributação por substituição tributária.

Diversamente do que afirma a Impugnante, não existe no Anexo 3 do Auto de Infração a mercadoria “refrigerador Dufrio”, que teria sido identificada com o código NCM 29012200.

A Nota Fiscal nº 15077 (DANFE contido no CD de fl. 376), citada pela Impugnante, foi emitida em 20/10/11 por Refrigeração Dufrio Comércio e Importação Ltda, CNPJ nº 01.754.239/0010-00, localizada em São Paulo (SP), não havendo, neste documento fiscal, venda de refrigerador.

A nota fiscal supramencionada está relacionada na fl. 243 do anexo em questão e, em conformidade com o constante na coluna “Razão Social”, o nome da empresa foi abreviado para “Refrig. Dufrio”.

A mercadoria identificada com NCM 29012200, tanto no Anexo 3 do Auto de Infração quanto na Nota Fiscal nº 15077, é “Cartucho Gas”.

Quanto ao argumento de que haveriam outras supostas incorreções cometidas na elaboração do Anexo 3 do Auto de Infração, que estariam enumeradas na planilha (fls. 602/755) anexa à Impugnação, não estão claramente especificadas.

Na planilha apresentada, a Impugnante alega que o código NCM (coluna “NCM”) que identifica as mercadorias relacionadas no Anexo 3 deva ser substituído pelo código NBM/SH (coluna “Anexo XV”). Em alguns casos, chega a sugerir que não existe incidência de substituição tributária. No entanto, não apresenta qualquer argumento ou prova que sustente essa pretensão.

A respeito dos códigos NCM (Nomenclatura Comum Mercosul), que identificam as mercadorias no Anexo 3 do Auto de Infração, e NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de Mercadoria) utilizado na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, registre-se que esses códigos foram unificados e, portanto, utilizados no Anexo XV do RICMS/02 para identificar as mercadorias ou grupos de mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária.

Assim, a utilização do código NCM ou o código NBM/SH não modifica a conclusão a ser obtida.

Tendo em vista que a Impugnante limita-se a relacionar os códigos NBM/SH que seriam os corretos para cada mercadoria, ou apontar mercadorias que não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estariam enquadradas no Anexo XV do RICMS/02, sem esclarecer os fundamentos de seu inconformismo, e não havendo qualquer irregularidade ou equívoco nos apontamentos elaborados pelo Fisco, não se verifica hipótese de modificação do lançamento.

O Fisco, em sua manifestação fiscal, desce a minúcias, efetuando análises de algumas das alterações supostamente reclamadas pela Impugnante, conforme se pode observar às fls. 821/823 dos presentes autos.

Dessa forma, é clara a exatidão dos levantamentos fiscais, não havendo necessidade de qualquer retificação nos lançamentos efetuados no Anexo 3 do Auto de Infração.

Em relação ao item II.1 do Relatório Fiscal, dever ser observado que a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais nas saídas de mercadorias do estabelecimento está explicitamente prevista no inciso VII do art. 16, e § 1º do art. 39, ambos da Lei nº 6.763/75 e, ainda, no inciso I do art. 1º, e inciso I do art. 12, ambos do Anexo V do RICMS/02:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

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

(...)

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.

RICMS/02 - Anexo V

Art. 1º Os estabelecimentos, inclusive o de produtor rural inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55:

I - sempre que promoverem a saída de mercadorias;

(...)

Art. 12. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria;

(...)

Não resta qualquer dúvida, portanto, que a infração descrita no item II.1 do Relatório Fiscal e no item 3 do Relatório do Auto de Infração está plenamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caracterizada, conforme disposto no inciso I do parágrafo único do art. 51 da 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:

(...)

Parágrafo único. Presume-se:

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

(...)

Ao contrário do que afirma a Impugnante, não houve presunção de saídas inexistentes e sim presunção de saídas sem emissão de notas fiscais, com base no dispositivo legal retrotranscrito.

Relativamente aos demais DANFES apresentados (fls. 756/764 e 769/789), referem-se a notas fiscais eletrônicas de aquisições de mercadorias para comercialização não registradas nos livros Registros de Entradas, relacionadas no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 24 e 25), que originaram a infração relatada no item II.1 do Relatório Fiscal e no item 3 do Relatório do Auto de Infração, isto é, saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Não foram apresentadas provas de que estas notas fiscais foram corretamente escrituradas, única circunstância capaz de alterar o levantamento fiscal, tal como ocorreu com as Notas Fiscais eletrônicas nº 000000817 (fl. 767) e 001013001 (fl. 765), para as quais restou provado a correta escrituração no livro próprio, com apresentação de cópias das folhas do livro Registro de Entradas (fls. 766 e 768) nas quais foram efetuados os lançamentos. Ressalta-se que essas notas foram excluídas do Auto de Infração por meio do Termo de Rerratificação do lançamento à fl. 800.

Considerando que a infração não se originou pela falta de apresentação dos documentos fiscais e, sim, pela falta de seu registro nos livros próprios, a simples apresentação destes documentos não tem o condão de alterar o feito fiscal, bem como de tornar ineficaz o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Noutro viés, a Impugnante argui que não procede a falta de recolhimento antecipado do ICMS alegada pelo Fisco no item II-2 do Relatório Fiscal, considerando que a Contribuinte figura como substituta tributária e o tributo, que seria recolhido antecipadamente, já teria sido recolhido haja vista, que em toda receita informada por meio dos extratos do Simples Nacional, referentes aos exercícios de 2009 e 2010, houve o devido recolhimento do ICMS.

Entretanto não lhe assiste razão.

A Lei Complementar nº 123/06 é clara ao excluir o ICMS devido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária do Regime Especial Unificado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de acordo com o disposto na alínea “a” do inciso XIII do § 1º de seu art. 13:

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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;

(...)

Ressalta-se que o foi cobrado nos autos, foi o diferencial de alíquota devido na entrada de mercadorias destinadas à comercialização em operações interestaduais, pelo qual a Autuada é a responsável conforme disposto no § 14 do art. 42 do RICMS/02:

Art. 42- (...)

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada a industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado o disposto no inciso XXII do *caput* do art. 43 deste Regulamento.

Quanto ao item III do Relatório Fiscal (fl. 21), o art. 166 do Anexo V do RICMS/02 é claro no que se refere à obrigatoriedade da escrituração de documentos fiscais no livro Registro de Entradas:

Art. 166. O livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração de serviços de transporte e comunicação utilizados e de entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também, a alegação de boa-fé e de ausência de prejuízos aos cofres públicos é incapaz de refutar o feito fiscal, de acordo com o disposto no art. 136 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

As notas fiscais de aquisições de ativo imobilizado, material de uso/consumo e *software* não registradas nos livros Registros de Entradas estão relacionadas no Anexo 1 do Auto de Infração (fl. 23) e foram objetos de autuação apenas por esta infringência, sendo exigida a Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Assim, uma vez aprovado o lançamento, resta a análise do procedimento para exclusão do sistema diferenciado de tributação denominado Simples Nacional, no que diz respeito ao conceito de prática reiterada de infração. A Lei Complementar nº 123/06, no inciso I do § 9º e no inciso V de seu art. 29, é clara em definir tal prática:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento;

(...)

A mesma lei complementar, no inciso I de seu art. 26, determina que as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional sejam obrigadas a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço.

Considerando-se que a empresa deixou de emitir documentos fiscais por ocasião da venda de mercadorias, conforme demonstrado no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 24/25), por mais de 02 (dois) períodos de apuração consecutivos ou alternados, resta caracterizada a prática reiterada de infração, devendo ser aprovado o termo de exclusão em epígrafe.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 800. Em seguida, aprovou-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oralmente a Dra. Berenice Reis Lopes e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 25 de fevereiro de 2015.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

IS/D

CC/MIG