

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.253/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000408897-67
Impugnação: 40.010140351-97
Impugnante: CBJ Calçados e Artigos Esportivos Ltda - ME
IE: 001079404.00-98
Proc. S. Passivo: Flaida Beatriz Nunes de Carvalho/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto e correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadoria (calçados e confecções) por empresa optante do regime do Simples Nacional (microempresa) situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, destinada a comercialização, conforme previsto no § 14º do art. 42 do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - INEXISTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. Constatada a inexistência de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento da Contribuinte. Entretanto exclui-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso X, alínea "b", da Lei nº 6.763/75, por ausência de capitulação no Auto de Infração. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação do imposto de que trata o § 14 do art. 42 do RICMS/02, no período de 01/05/11 a 01/12//11 e 01/07/13 a 01/12/14.

Versa, também, sobre a falta de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) no estabelecimento.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada, por ausência de ECF, prevista no art. 54, inciso X, alínea "b" da citada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 27/32.

A Fiscalização manifesta-se às fls.50/56.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração em razão do cerceamento de seu direito de defesa sob a alegação de que o procedimento da Fiscalização não observou o devido processo legal, de que não ocorreu o fato gerador do imposto e as provas que embasam o lançamento foram obtidas de forma ilícita.

Entretanto, razão não lhe assiste.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos todos os prazos legalmente previstos para apresentação da defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Em relação ao argumento de cerceamento de defesa por ausência de fato gerador e de provas, cumpre esclarecer que o fato gerador está demonstrado no art. 6º, § 5º, alínea “f”, da Lei nº 6.763/75, que versa sobre a aquisição por microempresa de mercadoria destinada a comercialização, sendo devida a diferença entre a alíquota interna e a alíquota de aquisição, examine-se:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre

1.a operação relativa à circulação de mercadoria...

(...)

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

§ 5º O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de

(...)

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna;

(...)

Este é o fato gerador, que está materializado no lançamento, especialmente nos relatórios fiscais acostados aos autos.

Entendimento similar, verifica-se na alegação de ausência de provas. Ora, as provas são as próprias notas fiscais eletrônicas destinadas à Autuada. A apuração baseou-se em informações constantes dos referidos documentos fiscais.

Para tanto, foram emitidos os Anexos 1 a 10 com a relação das notas fiscais, demonstrando as informações essenciais, tais como dados dos remetentes, data de emissão, CFOP, descrição das mercadorias, valores de operação e do ICMS e devidamente encaminhados à Contribuinte.

A Impugnante recebeu ainda os Anexos 11 a 15, nos quais estão demonstradas as diferenças apuradas, o ICMS devido, multa de revalidação e total do crédito. O resultado das análises destas provas está bem claro, não pairando dúvidas sobre o montante devido

Porquanto, a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, não se vislumbrando assim nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa, pelo que, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação do imposto de que trata o § 14 do art. 42 do RICMS/02, no período de 01/05/11 a 01/12//11 e 01/07/13 a 01/12/14.

Para constatação da presente irregularidade, foram verificadas as notas fiscais eletrônicas emitidas e destinadas ao sujeito passivo, no período de maio de 2011 a dezembro de 2014, sendo que, dentro destes períodos foram excluídos os meses em que não se apresentou tal irregularidade.

As notas fiscais que foram objeto de constatação foram aquelas cujos remetentes eram de outras unidades da Federação, que não fossem de Minas Gerais e que também tivessem o CFOP 61.02 (mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Nesse contexto estão as remessas em que o remetente, ainda que sendo industrial, vendeu mercadorias de que não eram de sua produção.

As notas fiscais eletrônicas compõem o Anexo 4 (fls.20) do Auto de Infração e foram gravadas em mídia eletrônica com os respectivos n^{os} hash MDS, estando este número devidamente citado no Anexo 4.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação fiscal encontra-se consubstanciada na falta de recolhimento da antecipação de imposto, prevista no §14 do art. 42 do RICMS/02, *in verbis*:

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.

Segundo extrai-se da norma, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização ou industrialização ou na utilização de serviço, o contribuinte mineiro enquadrado como micro ou pequena empresa, deve promover a complementação do ICMS relativo à diferença entre a alíquota praticada na operação e a interna.

A determinação diferenciada em relação aos contribuintes enquadrados na sistemática de apuração do tributo por débito e crédito justifica-se pela ausência da utilização dos créditos na aferição do saldo devedor para os enquadrados no programa do Simples Nacional, conforme estabelecido no art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, a seguir transcrito:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3o deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3o.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1o e 2o deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

Pelo disposto, pode-se inferir que a carga tributária dos produtos adquiridos para revenda poderá influenciar diretamente na competitividade entre as empresas optantes pelo sistema, insinuando vantajosa a compra de mercadorias daqueles fornecedores autorizados à utilização das menores alíquotas.

Nota-se a predisposição do regramento em proteger o fornecedor mineiro, ao forçar a igualdade da carga tributária incidente sobre a operação interestadual com aquela praticada internamente para transações comerciais semelhantes.

A situação da empresa autuada se enquadra no disposto na subalínea “b.55”, inciso I do art. 42 do RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b.55) vestuário, artefatos de cama, mesa e banho, coberturas constituídas de encerados classificadas na posição 6306.19 da NBM/SH, subprodutos de fiação e tecelagem, calçados, saltos, solados e palmilhas para calçados, bolsas e cintos, promovidas pelo estabelecimento industrial.

Veja-se que, para que seja considerada alíquota de 12% na operação interna, as mercadorias têm que ser originadas do estabelecimento onde se industrializou a mercadoria. Ou seja, a alíquota de 12% atinge exclusivamente as operações de aquisições diretas junto aos estabelecimentos industriais e, por óbvio, as operações com mercadoria de produção própria do remetente.

Conforme a Parte 2 do Anexo V do RICMS/02, o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP, para as vendas de mercadorias para outros estados, de produção própria, corresponde ao número 6.101.

Entretanto, todas as aquisições da Autuada foram feitas sob o CFOP 6.102. Ressalte-se, que esse código se refere a vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento.

Sendo assim, tais aquisições não preenchem os requisitos para que a Autuada possa usufruir da alíquota interna reduzida, estando correta, portanto, a exigência do ICMS, a título de antecipação do imposto de que trata o § 14 do art. 42 do RICMS/02.

Excetuam-se as mercadorias sujeitas à substituição tributária. Apesar de o Auto de Infração fazer menção à supracitada lei e artigo específico, cabe aqui, citar o texto legal. Assim dispõe o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “h”, da LC nº 123/06:

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:

(...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Apesar de ser o sujeito passivo varejista do setor de calçados e vestuário, fato comprovado pelo contrato social, acostado aos autos às fls. 22/25, no qual consta o objeto social da empresa, torna-se importante fazer menção ao dispositivo legal retrocitado, para esclarecer a respeito do lançamento, ainda que não alegado pela Defesa.

A alíquota de 12% (doze por cento) para calçados e artigos do vestuário é aplicada somente para estabelecimento industrial, em operações internas (destinadas a contribuinte mineiro). Portanto, não foram consideradas compras efetuadas pela Autuada originárias de estabelecimentos industriais mineiros.

Diante disso, no que concerne à cobrança do diferencial de alíquota, resta comprovado que o lançamento atendeu aos ditames previstos na legislação vigente.

Noutro turno, é importante elucidar alguns pontos no que diz respeito a cobrança da multa isolada pela falta do Emissor Cupom Fiscal (ECF).

É notório que é obrigatória a emissão de documento fiscal ECF devidamente autorizado pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem promovido por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista.

Todavia, também é imprescindível constar no Auto de Infração a capitulação devida.

Registra-se por oportuno, o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Por seu turno, a Lei nº 6.830/80 estabelece o que deverá conter no termo de inscrição de Dívida Ativa:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

(Grifou-se).

Por conseguinte, conclui-se que o lançamento é uma atividade vinculada na qual a Fiscalização deve apurar a ocorrência do fato gerador e indicar a respectiva fundamentação legal.

No caso em análise, o Auto de Infração às fls. 02/05, não contém a capitulação da multa isolada por falta do ECF, apesar de conter às fls. 11, local impróprio segundo a legislação vigente.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada do art. 54, inciso X da Lei 6.763/75 por falta de capitulação no Auto de Infração. Vencidos, em parte, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Marco Túlio da Silva que o julgavam procedente. Conforme art. 163, § 2º do RPTA,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 09 de novembro de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator.

CS/

CC/CMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.253/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000408897-67
Impugnação: 40.010140351-97
Impugnante: CBJ Calçados e Artigos Esportivos Ltda - ME
IE: 001079404.00-98
Proc. S. Passivo: Flaida Beatriz Nunes de Carvalho/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

As exigências de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada, prevista no art. 54, inciso X, alínea “b” da Lei nº 6763/75, discutidas nos presentes autos, dizem respeito à falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas operações relativas a mercadorias adquiridas de fornecedores localizados fora do estado de Minas Gerais, para fins de comercialização, e também à constatação de que a Autuada não possuía no seu estabelecimento, na data da visita fiscal, o equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), conforme Auto de Constatação lavrado em 01/12/2015.

Na análise das questões postas, esta 2ª Câmara de Julgamento, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso X, alínea “b” da Lei nº 6763/75, aplicada em razão da constatação de que a Contribuinte não possuía ou não mantinha em seu estabelecimento para acobertamento das operações que realiza, Emissor de Cupom Fiscal- ECF devidamente autorizado, conforme dispõe o inciso VII do art. 96 do RICMS/02 c/c o art. 28 do Anexo V, também do RICMS/02.

Para tanto, sustenta a decisão prevalente que o Auto de Infração, fls. 02/05, não capitulou a penalidade pela falta do ECF, entendendo que não foi observado o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), não obstante reconhecer que no Relatório Fiscal, às fls. 11, há a indicação dos dispositivos legais aplicados.

Todavia, diverge-se dessa conclusão, pelos fundamentos que seguem.

Em 01 de dezembro de 2015, a Fiscalização realizou diligência no estabelecimento autuado, oportunidade em que constatou a ausência do Emissor de Cupom Fiscal no local. Diante disso, lavrou o Termo de Constatação de fls. 15, no qual está explícito que a penalidade aplicável, em razão da irregularidade constatada, é a prevista no art. 54, inciso X, alínea “b” da Lei nº 6763/75.

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:

(...)

X - por não possuir ou deixar de manter, no estabelecimento, para acobertamento das operações ou prestações que realizar:

(...)

b) ECF devidamente autorizado, quando obrigatório - 1.000 (mil) UFEMGs por constatação do Fisco;

(...).

Assim, diante da constatação de flagrante infringência à legislação tributária, o Auto de Infração documentou o início da ação fiscal, nos moldes previstos no art. 74, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08. Examine-se:

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

(...).

E, ao analisar dos documentos que compõem os autos, verifica-se que no campo intitulado “Relatório” do Auto de Infração (AI), fls. 02, datado de 07/03/16, a irregularidade constatada encontra-se claramente descrita no seu item 2.

Consta também, nesse mesmo campo do AI, a seguinte observação: *“compõem este Auto de Infração: relatório fiscal detalhado, o demonstrativo do crédito tributário, anexos 1 a 3, gravados em mídia eletrônica e anexo 4”*.

Verifica-se, também, que no Aviso de Recebimento (AR) de fls. 26, documento que comprova a intimação da Contribuinte do lançamento efetuado, que no campo destinado à declaração do conteúdo do objeto encaminhado está descrito o número do Auto de Infração, DCT, Relatório Fiscal e Anexos.

Indene de dúvidas, portanto, que a Autuada recebeu o Relatório Fiscal, onde consta pormenorizadamente as irregularidades apuradas, a base legal, as infringências e a capitulação das penalidades.

Não se percebe, pois, ofensa ao disposto no art. 142 do CTN, posto que cumpridos todos os requisitos nele previstos para a formalização do crédito tributário em exame, possibilitando a ampla defesa da Autuada. Confira-se:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Tampouco se vislumbra prejuízo à eventual inscrição em dívida ativa, como entendeu a decisão vencedora, uma vez que o lançamento possui todos os elementos essenciais a lavratura do termo próprio.

Com esses fundamentos, restando perfeitamente caracterizada a infração à legislação tributária, mostram-se corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e da penalidade isolada, razão pela qual voto pela procedência do lançamento.

Sala das Sessões, 09 de novembro de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Conselheira**

CC/MG