

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.732/18/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000762282-13
Impugnação: 40.010144608-82
Impugnante: American Blend Importação, Exportação, Indústria & Comércio
IE: 001034087.01-41
Coobrigado: Willian José de Souza
CPF: 773.578.416-34
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA – CIGARROS. Constatado que a Autuada deu saída a mercadorias sem o devido acobertamento fiscal. Procedimento fiscal levado a efeito mediante o cotejo das notas fiscais de simples faturamento e as notas fiscais de remessa para entrega futura. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro capitulada no art. 56, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, majorada em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve-se excluir a majoração da multa isolada pela constatação de reincidência nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, tendo em vista a revogação, pelo art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, dos dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que previam a referida majoração.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas, no período de abril de 2012 a setembro de 2013, apurada mediante o cotejo das notas fiscais de simples faturamento de mercadorias (cigarros) para entrega futura e as notas fiscais das efetivas remessas das mercadorias.

Exigências de ICMS/ST, Multa de revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada previstas no art. 55, inciso II, alínea “a”, majorada em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos, dentre outros, os seguintes documentos: Auto de Início de Ação Fiscal AIAF (fls. 11), Tabelas de Preço Sugerido pelo Fabricante (fls. 31/34), o Auto de Infração (fls. 43/45), Relatório Fiscal (fls. 46/56), Anexo 1 - Preço sugerido por Maço informado pelo Autuada (fls. 57), Anexo 3 – Registro de Entradas do destinatário Hematita Ind. e Com. de Tab. Logística Ltda. (fls. 63), Anexo 4 - Análise

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das Notas Fiscais da Autuada para a Hematita (fls. 64), Planilhas demonstrativas da apuração de fls. 65/67.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, Impugnação às fls. 111/113.

Requer a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 141/142, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 147/154, opina, no mérito pela procedência parcial do lançamento para excluir a majoração da penalidade isolada nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas, no período de abril de 2012 a setembro de 2013, apurada mediante o cotejo das notas fiscais de simples faturamento de mercadorias (cigarros) para entrega futura e as notas fiscais das efetivas remessas das mercadorias.

Constatou a Fiscalização, após verificação de todas as notas fiscais emitidas pela Autuada para o destinatário Hematita Ind. e com. de Tabacos Logística Ltda, em operações de venda para entrega futura (CFOP 5.922- Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura), que a Autuada não emitiu as notas fiscais de “remessa para entrega futura” (CFOP 5.116 - Venda de produção do estabelecimento originada de encomenda para entrega futura), conforme demonstrativo de fls. 65/66 (anexos 05 e 06) e cópias das NFes acostadas às fls. 69/104 (Anexo 08).

Exigências de ICMS/ST, Multa de revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, majorada em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Conforme demonstrado no Anexo 5 (fls. 65), no período de abril de 2012 a dezembro de 2013, não foram emitidas notas fiscais de remessa de parte das mercadorias (CFOP 5.116) faturadas para a empresa Hematita Ind. e Com. de Tab. Logística Ltda (CFOP 5.922), tendo resultado em ICMS/ST a recolher.

Em sua defesa a Impugnante limitou-se a arguir que não agiu de má-fé e que o Anexo 5 demonstra claramente que não houve a entrega global e sim parcial das mercadorias relativas às operações de venda para entrega futura.

Sustenta que a empresa não entregou parte dos produtos faturados como venda para entrega futura, tendo compromisso comercial com seu cliente. Assim não

poderia o Fisco penalizá-la com o Auto de Infração, uma vez que não promoveu saída sem documento fiscal.

Contudo, a Autuada não se desincumbiu devidamente do ônus de demonstrar os fatos constitutivos do direito, consoante determinação do art. 373, inciso I, do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Trata o Anexo IX do RICMS/02 dos procedimentos a serem observados quando da realização de venda para entrega futura, em seus arts. 305 a 307, que assim estabelecem:

Art. 305. Nas vendas para entrega futura, poderá ser emitida nota fiscal sem destaque do ICMS, mencionando-se no documento que a emissão se destina a simples faturamento, com o imposto sendo debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.

§ 1º Se emitida a nota fiscal de que trata o caput deste artigo, as 1ª e 3ª vias da mesma, ou cópia do respectivo DANFE, serão entregues ao comprador.

§ 2º O estabelecimento show room, assim entendido aquele que exhibe mercadorias e realiza operações de venda em virtude da exibição, emitirá nota fiscal destinada a simples faturamento para todas as operações de venda para entrega futura, não se aplicando a faculdade de que trata o caput deste artigo.

Art. 306. Por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do imposto, quando devido, observado especialmente o disposto nos artigos 43, 44 e 50 deste Regulamento, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação: "Remessa - entrega futura", e o número, a série, a data e o valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.

(...)

Art. 307. Sendo desfeita a venda antes da efetiva saída da mercadoria, o fato será formalmente comunicado à repartição fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito.

Poderia a Impugnante ilidir a acusação fiscal anexando aos autos prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea. Como assim não agiu, aplica-se o disposto no art. 136 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 136 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à

conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Verifica-se que em algumas notas fiscais de simples faturamento (CFOP 5.922), a Autuada destacou o ICMS/ST, em desacordo com as disposições regulamentares. Ainda assim, o Fisco considerou os valores destacados nas referidas notas fiscais e abateu do valor a ser exigido em razão da saída desacobertada.

Foi apurada a quantidade de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e apurada a base de cálculo do ICMS/ST, de acordo com o disposto no art. 19, inciso I, alínea "b" da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

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

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"I - em relação às operações subsequentes:

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;

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/01/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

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"

(...)

No caso da mercadoria cigarros, o art. 20 da Medida Provisória nº 540 de 2011, posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, estabeleceu que o Poder Executivo poderá fixar preço mínimo de venda a varejo de cigarros, válido em todo o território nacional.

O Decreto nº 7.555/11, em seu art. 7º fixou o preço mínimo de venda a varejo dos cigarros:

DO PREÇO MÍNIMO

Art. 7º Fica fixado o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da TIPI, válido em todo o território

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nacional, de acordo com a tabela a seguir, abaixo do qual fica proibida a sua comercialização:

(2011) (Produção de efeito)

| VIGÊNCIA | VINTENA | VALOR | POR |
|------------|--------------|----------|-----|
| 31/12/2012 | 01/05/2012 a | R\$ 3,00 | |
| 31/12/2013 | 01/01/2013 a | R\$ 3,50 | |
| 31/12/2014 | 01/01/2014 a | R\$ 4,00 | |
| 01/01/2015 | A partir de | R\$ 4,50 | |

(...)

§ 2o Fica vedada a comercialização de cigarros pela pessoa jurídica enquadrada por descumprimento ao disposto no caput, pelo prazo de cinco anos-calendário a partir da aplicação da pena de perdimento.

§ 3o Fica sujeito ao cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.593, de 1977, o estabelecimento industrial que:

I - divulgar tabela de preços de venda no varejo em desacordo com o disposto no caput; ou

II - comercializar cigarros a pessoa enquadrada na hipótese do § 2o.

Como se vê, o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial deve observar os limites mínimos estabelecidos pela Receita Federal do Brasil.

Diante disso o Fisco apurou o ICMS/ST devido pelas saídas desacobertas e exigiu também a Multa de Revalidação em dobro, em conformidade com o disposto no previsto no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

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

(...)

Correta a aplicação da penalidade capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

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 à 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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

Registre-se que a Lei nº 22.549 de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/2017), em seu art. 56, alterou a redação do 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Vigência a partir de 01/07/17:

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

“Art. 55 - (...)

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...) Grifou-se.

Verifica-se que a nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 passou a prever limites máximo (inciso I) e mínimo (inciso II) para todas as penalidades previstas no art. 55 da citada lei, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Observa-se que o limite máximo da multa isolada refere-se ao imposto incidente na operação ou prestação e não ao imposto exigido.

Ressalta-se que a Fiscalização adotou a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), incidente nas operações com cigarros (art. 42, inciso I, alínea “a”, subalínea “a.1”, do RICMS/02) e considerando que a penalidade isolada é de 20% (vinte por cento) do valor da operação (alínea “a” do inciso II do art. 55), observa-se, de plano, a impossibilidade de aplicação do limite máximo (2 vezes o valor do imposto incidente) da referida penalidade no caso. Ademais, tal aplicação restaria afastada, se fosse o caso, uma vez que a infração praticada configura-se hipótese de dolo.

No tocante à majoração da penalidade isolada pela constatação de reincidência, destaca-se que o art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, revogou os dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que previam a referida majoração. Examine-se:

Art. 79 - Ficam revogados:

I - na Lei nº 6.763, de 1975:

(...)

e) o item 1 do § 5º e os §§ 6º e 7º do art. 53;

(...)

(Grifou-se.)

Dessa forma, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), a seguir reproduzido, opina-se pela exclusão da majoração da multa isolada pela constatação de reincidência.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a majoração da penalidade isolada nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, tendo em vista a revogação, pelo art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei 6763/75, nos termos do parecer da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Hélio Victor Mendes Guimarães (Revisor) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 01 de março de 2018.

Marco Túlio da Silva
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

CS/D

CC/MG