

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.705/16/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000310659-78
Recurso de Revisão: 40.060141129-35
Recorrente: Cozinha Industrial Ltda.
IE: 448247918.00-60
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST INTERNA - RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO NÃO ATRIBUÍDA AO REMETENTE. Constatou-se a falta de recolhimento de ICMS/ST nas aquisições interestaduais, provenientes de vários estados, de mercadorias para comercialização constantes em diversos itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos dos arts. 14 e 46, inciso II, Parte 1, Anexo XV, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO ATRIBUÍDA AO REMETENTE. Constatou-se a falta de recolhimento de ICMS/ST, cuja responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento é atribuída ao remetente, nas aquisições internas, procedentes de atacadista, e nas aquisições interestaduais provenientes de vários estados, de mercadorias para comercialização constantes em diversos itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 15, Parte 1, Anexo XV, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º da Lei nº 6.763/75. A Multa de Revalidação exigida nas aquisições internas procedentes de atacadista foi a capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, destinadas à comercialização, acarretando falta de recolhimento do imposto. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada deixou de efetuar a devida retenção/recolhimento de ICMS/ST em notas fiscais eletrônicas, referentes a saídas de mercadorias de fabricação própria, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02. Mantida a decisão recorrida.

ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. Constatou-se que a Autuada deixou de destacar ICMS em notas fiscais eletrônicas de saída de mercadorias, em razão de utilização indevida de isenção, cujas operações não se enquadram nas hipóteses previstas no Anexo I do RICMS/02, ocasionando falta de recolhimento do imposto. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02. Infração caracterizada. Entretanto, em algumas operações, constatou-se a exigência da referida multa isolada em decorrência desta infração e, ainda, pela falta de destaque de ICMS/ST. Assim, exclui-se a multa isolada nas operações em que houve a exigência da referida penalidade em duplicidade. Mantida a decisão recorrida.

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA. Constatou-se que a Autuada promoveu saídas de mercadorias utilizando-se indevidamente da redução de base de cálculo do ICMS prevista nos itens 19, alíneas “a” e “b”, e item 20, alíneas “a” e “b”, ambos do Anexo IV do RICMS/02, ocasionando recolhimento a menor do imposto. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais (pedidos assinados) com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal, desacobertas de documento fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais (pedidos assinados) com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02.

Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, correspondente Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ICMS/ST, correspondente Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, da mesma lei e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do mesmo diploma legal, sendo que, nas operações de saída de mercadorias adquiridas de terceiros, houve exigência somente da citada multa isolada. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades cometidas pela Autuada:

1) Falta de recolhimento de ICMS/ST nas aquisições internas, cuja responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento não é atribuída ao remetente, procedentes de atacadista, relativas a mercadorias para comercialização constantes do item 24.1.54 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, e nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, oriundas dos estados da Bahia e de São Paulo e constantes em vários itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Anexo 47 do Auto de Infração (fls. 300/304). Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (50%), prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75;

2) Falta de recolhimento de ICMS/ST, cuja responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento é atribuída ao remetente, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização oriundas do estado de São Paulo, constantes em diversos itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Anexo 47 do Auto de Infração (fls. 300/304). Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

3) Falta de retenção/recolhimento de ICMS/ST em notas fiscais eletrônicas, referentes a saídas de mercadorias de fabricação própria, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Relação das notas fiscais eletrônicas constante do Anexo 56 do Auto de Infração (fls. 429/455). Apuração do imposto não recolhido conforme Anexos 50 a 54 do Auto de Infração (fls. 308/427). Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02;

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais eletrônicas de aquisições para comercialização de mercadorias sujeitas à substituição tributária, acarretando falta de recolhimento do imposto. Anexo 48 do Auto de Infração (fls. 305/306). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da mesma lei;

5) Falta de destaque e/ou destaque a menor de ICMS normal em notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias, em razão de utilização indevida de isenção

ou de redução de base de cálculo, ocasionando falta de recolhimento/recolhimento a menor do imposto. Relação das notas fiscais eletrônicas constante dos Anexos 57 do Auto de Infração (fls. 456/462 – falta de destaque) e 58 (fls. 463/481 – destaque a menor). Apuração do imposto não recolhido conforme Anexos 50 a 55 do Auto de Infração (fls. 308/427). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02, a qual foi exigida somente nas ocorrências de falta de destaque de ICMS;

6) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas à substituição tributária, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

7) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas à tributação normal, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

8) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias de fabricação própria, sujeitas à tributação normal, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

9) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias de fabricação própria, sujeitas à substituição tributária, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS com a correspondente Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ICMS/ST com a correspondente Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, da mesma lei, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do mesmo diploma legal.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.155/16/3ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para, em relação às operações em que houve aplicação, em duplicidade, da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da Lei nº 6.763/75 c/c a alínea “f”, inciso VI, do art. 215 do RICMS/02 excluir a referida penalidade em relação à falta de destaque do ICMS normal, nos termos do parecer da Assessoria. Vencida, em parte, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora), que o julgava parcialmente procedente, para excluir, ainda, as exigências relativas ao período de 01/08/2010 a 26/08/2010, por decaído o direito da Fazenda Pública Estadual em constituir o crédito tributário nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 3.767/3.778, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.441/12/3ª e 20.815/15/2ª (cópias às fls. 3.780/3.793 e 3.795/3.802, respectivamente).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 3.808/3.818, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão interposto e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 163, inciso II, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que se trata de PTA do rito ordinário, cumpre verificar o atendimento também da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

A Recorrente afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.441/12/3ª e 20.815/15/2ª.

Após a análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, constata-se assistir razão à Recorrente, eis que a decisão mencionada no âmbito do Acórdão nº 20.441/12/3ª refere-se à situação que se coaduna com o caso tratado no presente processo.

Do Mérito

Cumpre de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido, interposto pela Recorrente/Autuada, devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se aquela decisão, com as adequações pertinentes, conforme a seguir.

Inicialmente, a Recorrente pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 26/08/10, sendo aplicável, a seu ver, o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I, do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCÉDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do “decisum”. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010 somente expirou em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 26/08/15, de acordo com o documento constante à fl. 08 dos autos.

Conforme parecer da Assessoria do CC/MG (3.808/3.818), a Recorrente ainda propugna pela reforma da decisão, para que sejam canceladas as exigências relativas aos itens 3 e 6 a 9 do Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, vale lembrar que, conforme mencionado no relatório do Auto de Infração, a presente autuação refere-se à constatação, no período de agosto a dezembro de 2010, das seguintes irregularidades fiscais cometidas pela Autuada, ora Recorrente:

1) Falta de recolhimento de ICMS/ST nas aquisições internas, cuja responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento não é atribuída ao remetente, procedentes de atacadista, relativas a mercadorias para comercialização constantes do item 24.1.54 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, e nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, oriundas dos estados da Bahia e de São Paulo e constantes em vários itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Anexo 47 do Auto de Infração (fls. 300/304). Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (50%), prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75;

2) Falta de recolhimento de ICMS/ST, cuja responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento é atribuída ao remetente, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização oriundas do estado de São Paulo, constantes em diversos itens consignados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Anexo 47 do Auto de Infração (fls. 300/304). Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

3) Falta de retenção/recolhimento de ICMS/ST em notas fiscais eletrônicas, referentes a saídas de mercadorias de fabricação própria, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Relação das notas fiscais eletrônicas constante do Anexo 56 do Auto de Infração (fls. 429/455). Apuração do imposto não recolhido conforme Anexos 50 a 54 do Auto de Infração (fls. 308/427). Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02;

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais eletrônicas de aquisições para comercialização de mercadorias sujeitas à substituição tributária, acarretando falta de recolhimento do imposto. Anexo 48 do Auto de Infração (fls. 305/306). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da mesma lei;

5) Falta de destaque e/ou destaque a menor de ICMS normal em notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias, em razão de utilização indevida de isenção ou de redução de base de cálculo, ocasionando falta de recolhimento/recolhimento a menor do imposto. Relação das notas fiscais eletrônicas constante dos Anexos 57 do Auto de Infração (fls. 456/462 – falta de destaque) e 58 (fls. 463/481 – destaque a menor). Apuração do imposto não recolhido conforme Anexos 50 a 55 do Auto de Infração (fls. 308/427). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02, a qual foi exigida somente nas ocorrências de falta de destaque de ICMS;

6) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas à substituição tributária, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

7) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas à tributação normal, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

8) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias de fabricação própria, sujeitas à tributação normal, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

9) Saídas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias de fabricação própria, sujeitas à substituição tributária, apuradas mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), conforme demonstrado nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração. Exigências de ICMS com a correspondente Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ICMS/ST com a correspondente Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, da mesma lei, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do mesmo diploma legal.

Registra-se que o CD de fls. 485 dos autos (Anexo 61 do Auto de Infração) contém os Anexos 1 a 60 em arquivos digitais (PDF), autenticados pelo programa MD5Summer.

Já o CD de fls. 487 dos autos (Anexo 62 do Auto de Infração) contém cópias dos livros Registros de Entradas e Saídas e das DAPIs, também em arquivos digitais (PDF) autenticados pelo programa MD5Summer.

Passa-se, então, à análise das irregularidades/exigências suscitadas pela Recorrente e em sede de Recurso de revisão:

Irregularidade 3 – Falta de retenção/recolhimento de ICMS/ST em notas fiscais eletrônicas de saída de mercadorias de fabricação própria sujeita às ST – Anexo 56

O Fisco constatou que a Autuada, ora Recorrente, deixou de efetuar a devida retenção/recolhimento de ICMS/ST em notas fiscais eletrônicas, referentes a saídas de mercadorias de fabricação própria, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todas as operações objeto desta irregularidade estão relacionadas no Anexo 56 do Auto de Infração (fls. 429/455), sendo que a apuração do ICMS/ST devido, utilizando-se o percentual de MVA de acordo com o item constante da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e a alíquota de acordo com o produto, encontra-se nos Anexos 50 a 54 (fls. 308/427).

O cálculo da multa de revalidação se encontra no Anexo 59 do Auto de Infração (fls. 482) e o da multa isolada está demonstrado no Anexo 60 (fls. 483).

As cópias dos DANFES das notas fiscais eletrônicas relacionadas no Anexo 56 foram acostadas pelo Fisco, por amostragem, às fls. 678/850 e, na íntegra, no CD de fls. 677 (Anexo 64 do Auto de Infração).

A responsabilidade da Autuada, ora Recorrente, decorre do disposto no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02:

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:

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

Portanto, corretas as exigências fiscais, uma vez que a Recorrente não efetuou o devido recolhimento de ICMS/ST nas saídas de mercadorias de fabricação própria, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

A Recorrente afirma que não prospera essa acusação, ao argumento de que, também neste caso, as mercadorias eram destinadas à industrialização pelos seus destinatários, aplicando-se, assim, o art. 18, inciso IV, do Anexo XV do RICMS/02.

Para corroborar seu entendimento, transcreve trechos da Consulta nº 766/10, dada pela Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo.

Entretanto, conforme demonstrado pelo Fisco às fls. 3.674 dos autos, todas as empresas destinatárias mencionadas nos documentos fiscais constantes do Anexo 56 do Auto de Infração se referem a restaurantes e similares.

De acordo com o prescrito no art. 111 do Anexo XV do RICMS/02, com sua redação válida no período de 01/08/09 a 31/01/13, a substituição tributária aplica-se, inclusive, quando as mercadorias relacionadas no item 43 do mesmo Anexo forem destinadas a estabelecimentos classificados no grupo 56.1 (restaurante e outros estabelecimentos de serviços de alimentação) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), situação na qual todos os destinatários das mercadorias autuadas se enquadram, mesmo que destinadas ao preparo de refeições:

Art. 111. A substituição tributária prevista para as operações subseqüentes com as mercadorias de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que trata o item 43 da Parte 2 deste Anexo aplica-se, inclusive, quando tais mercadorias forem destinadas aos estabelecimentos classificados nos grupos 55.1 (hotéis e similares), 56.1 (restaurante e outros estabelecimentos de serviços de alimentação) e 56.2 (serviços de catering, bufê e outros serviços de alimentação preparada) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) para utilização no preparo de refeição.

Além disso, verifica-se que parte das mercadorias vendidas não necessitam de qualquer outro tipo de industrialização para venda ao consumidor final, tais como bolos, bombom gelado, brigadeiro, doce festa beijinho, doce festa brigadeiro, doce festa cajuzinho, quindim e torta de sorvete.

No que concerne à Consulta nº 766/10, citada pela Defesa e anexada às fls. 3.691/3.693, formulada pelo Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado de São Paulo (SINDER/SP) à Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo, respondida em 21/01/11, verifica-se ser inaplicável, considerando que a resposta baseou-se na legislação tributária paulista, e não na legislação tributária mineira vigente à época dos fatos geradores, na qual se fundamentou o presente trabalho.

Ademais, a mesma entidade, Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado de São Paulo (SINDER/SP), formulou consulta à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (Consulta de Contribuinte nº 218/12), respondida em 05/11/12, em que fica evidente que as operações objetos da autuação são tributadas por substituição tributária:

Consulta de Contribuintes nº 218/12

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – Prevalece a aplicação da substituição tributária em relação às operações com as mercadorias de que trata o item 43, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, ainda que sejam destinadas aos estabelecimentos classificados nos grupos 55.1 (hotéis e similares), 56.1 (restaurante e outros estabelecimentos de serviços de alimentação) e 56.2 (serviços de catering, bufê e outros serviços de alimentação preparada) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), para utilização no preparo de refeição, nos termos do art. 111 da Parte 1 desse mesmo Anexo.

(...)

EXPOSIÇÃO:

(...)

A Consulente, estabelecida no Estado de São Paulo, é entidade representativa de empresas que exploram atividades de industrialização e comercialização de produtos do ramo alimentício (produtos da indústria alimentícia).

(...)

Afirma que, relativamente às operações internas, possui solução de consulta emanada da consultoria tributária do Fisco do Estado de São Paulo dispensando seus filiados da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituição tributária em relação aos produtos utilizados como insumos (ingredientes) pelos estabelecimentos destinatários.

(...)

CONSULTA:

1 - É devido o ICMS no regime monofásico da substituição tributária, com a retenção antecipada do imposto, nos termos da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 28/09 (reproduzida no art. 12, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02), em relação à venda (saída interestadual) de produtos da indústria alimentícia destinados a bares, restaurantes, padarias e similares utilizados como insumos (ingredientes) na preparação ou processamento de refeições em geral (pratos, lanches, salgados, etc.)?

(...)

RESPOSTA:

1 - A substituição tributária estabelecida pelo Protocolo ICMS 28, de 05 de junho de 2009, firmado entre os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com produtos alimentícios realizadas entre contribuintes situados nos referidos Estados.

Todavia, importa destacar que o sujeito passivo por substituição deve observar as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria, conforme dispõe a Cláusula oitavo Convênio ICMS 81, de 10 de setembro de 1993, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária.

Informe-se que, no caso de Minas Gerais, as disposições relativas ao regime de substituição tributária encontram-se reunidas no Anexo XV do RICMS/02.

Conforme já esclarecido por esta Diretoria, relativamente às operações destinadas a contribuintes que exploram a atividade de fornecimento de alimentação, poderia cogitar-se sobre a aplicação da regra geral disposta no inciso IV do art. 18, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, no qual se encontra previsto que a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

No entanto, como regra específica, desde 1º de junho de 2008, o art. 111, Parte 1 do mesmo Anexo XV, acrescido pelo Decreto nº 44.772/08, dispõe que prevalece a aplicação da substituição tributária em relação às operações com as mercadorias relacionadas no item 43, Parte 2, do citado Anexo, ainda que sejam destinadas aos estabelecimentos classificados nos grupos 55.1 (hotéis e similares), 56.1 (restaurante e outros estabelecimentos de serviços de alimentação) e 56.2 (serviços de catering, bufê e outros serviços de alimentação preparada) da Classificação

Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), para utilização no preparo de refeição.

Trata-se, portanto, de exceção à regra contida no inciso IV, art. 18 do Anexo XV referido. Desse modo, os produtos do item 43, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, utilizados como ingredientes no preparo de refeições, estão sujeitos à substituição tributária, nas operações promovidas pelos filiados da Consulente com destino a contribuintes estabelecidos em Minas Gerais.

Ressalta-se que o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CC/MG já se manifestou, por meio dos Acórdãos nº 21.321/13/1ª e 21.926/15/1ª, dentre outros, sobre a correção da exigência de ICMS/ST nesse tipo de operação.

Assim, pelo exposto, e como a Recorrente não foi capaz de apresentar argumento ou anexar documento que pudesse elidir o presente trabalho, fica evidente a correção dos levantamentos fiscais efetuados.

Irregularidades 6 a 9 - Saídas desacobertas de documento fiscal – Anexos 1 a 46

O Fisco constatou, mediante confronto de documentos fiscais e extrafiscais (pedidos), que a Autuada, ora Recorrente, promoveu, no período de 30/09/10 a 21/11/10, saídas desacobertas de documento fiscal de mercadorias:

- adquiridas de terceiros e sujeitas à substituição tributária (irregularidade 6). Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;
- adquiridas de terceiros, sujeitas à tributação normal (irregularidade 7). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;
- de fabricação própria, sujeitas à tributação normal (irregularidade 8). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75;
- de fabricação própria, sujeitas à substituição tributária (irregularidade 9). Exigências de ICMS com a correspondente Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ICMS/ST com a correspondente Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, da mesma lei e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do mesmo diploma legal.

Conforme Anexos 1 a 45 do Auto de Infração (fls. 44/284), o Fisco elaborou, para cada destinatário das mercadorias, planilhas contendo a relação de todas as saídas de produtos do estabelecimento autuado, cujos dados foram obtidos de documentos extrafiscais (Planilhas “Saídas – Documentos Extrafiscais – Pedidos”) e de notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada, ora Recorrente, (Planilhas “Saídas – Notas Fiscais Eletrônicas Emitidas”), os quais foram confrontados, apurando-se a diferença que corresponde às saídas desacobertas de documento fiscal.

Às fls. 285/299 (Anexo 46 do Auto de Infração), o Fisco apresentou um resumo, por mercadoria, das saídas desacobertas apuradas no período de 30/09/10 a 21/11/10.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O cálculo da multa de revalidação está no Anexo 59 do Auto de Infração (fls. 482) e o da multa isolada está demonstrado no Anexo 60 (fls. 483).

Os pedidos objeto de autuação (documentos extrafiscais), relacionados nos Anexos 1 a 46, foram acostados pelo Fisco às fls. 861/3499 (Anexos 66 a 80 do Auto de Infração), cujas cópias, em arquivos digitais (PDF), autenticados pelo programa MD5Summer, compõem o CD de fls. 859 (Anexo 65 do Auto de Infração).

Da mesma forma, os DANFES das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada, ora Recorrente, no período de 30/09/10 a 21/11/10, relacionadas nos Anexos 1 a 46 do Auto de Infração, utilizadas para o confronto com os documentos extrafiscais, compõem o CD de fls. 3545, cujas cópias impressas, por amostragem, foram acostadas às fls. 3.546/3.652.

A Recorrente alega que os pedidos emitidos pelo sistema da Autuada não espelham de maneira adequada as mercadorias efetivamente comercializadas pelo estabelecimento autuado.

Declara que é comum o cancelamento de uma ou mais mercadorias após a emissão do pedido, que, portanto, não foram enviadas pela empresa.

O Fisco, em manifestação fiscal, esclarece o seguinte:

“(…) na elaboração do levantamento fiscal foi tomado o cuidado de verificar se as mercadorias foram de fato entregues aos destinatários.

Nos pedidos que serviram de base para o levantamento fiscal (documentos fls. 861 a 3499), ao lado direito da descrição de cada mercadoria existe um parêntese onde, quando do recebimento efetivo da mesma, era grafada a expressão “Ok”.

Nos casos em que a mercadoria não foi recebida, neste local foram grafadas outras expressões ou, então, foi deixado em branco, como, por exemplo, nos pedidos de fls. 919, 970, 1268, 1376, 1518, 1774, 2017, 2021, 2137, 2169, 2176, 2199, 2463, 2574, 2583, 2680, 3235, 3364 e 3432, não sendo, à vista disso, a mercadoria incluída no levantamento fiscal.

(…)

Além disso, todos os pedidos são assinados pelos destinatários e contém a expressão “Declaro ter Recebido e Conferido as Quantidades desse Pedido” no local da assinatura, comprovando o recebimento pelo destinatário das mercadorias saídas do estabelecimento da Recorrente e comprovando, também, que os levantamentos fiscais não foram baseados em meras suposições, mas sim em fatos confirmados.”

Pelo exposto, verifica-se que se encontra correto o procedimento do Fisco, que, após analisar adequadamente os dados de documentos extrafiscais da Recorrente, confrontou-os com as informações declaradas ao Fisco pela empresa (notas fiscais eletrônicas emitidas), obtendo uma diferença que corresponde a saídas desacobertas de documento fiscal.

Também não procede a alegação da Recorrente de que os pedidos são documentos internos, que não têm validade fiscal, não sendo hábeis para comprovar a efetiva saída de mercadorias. Muito menos que o trabalho fiscal está contrário aos princípios da legalidade objetiva, da verdade material e da boa-fé.

Registra-se que o procedimento efetuado pelo Fisco, ao confrontar documentação subsidiária e fiscal para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no inciso I do art. 194 do RICMS/02:

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Ressalta-se que, novamente, a Recorrente lança argumentações em sua peça de defesa sem apresentar qualquer prova ou evidência para sustentá-las.

Das Multas

A Recorrente, sucessivamente, pede a redução da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 ao patamar de 20% (vinte por cento) do valor da operação, conforme alínea “a” do referido dispositivo legal. Examine-se:

Art. 55 (...)

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:

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;

(Grifou-se).

Contudo, observa-se que a redução a 20% (vinte por cento) pretendida, somente pode ser aplicada quando a infração for apurada pelo Fisco com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, conforme se depreende da norma insculpida na referida alínea “a”.

Não é o caso dos autos. No caso em exame, como se constata pelo conjunto probatório dos autos, o levantamento e apuração da exigência fiscal foram levados a cabo com base em notas fiscais, mas, também, em documentos extrafiscais, que não fazem parte da escrita da Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que, o que propiciou a apuração fiscal foram as informações obtidas em documentos extrafiscais (pedidos) e não aquelas obtidas exclusivamente em documentos e lançamentos da escrita da Recorrente, conforme prevê o texto legal.

Assim, diferentemente do que defende a Recorrente, a Multa Isolada foi aplicada na exata forma determinada pela legislação (art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75).

Cumpram-se destacar que todos os argumentos apresentados pela Recorrente se mostraram meramente protelatórios, sendo incapazes de elidir o trabalho fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencidos os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Relator) e Maria Gabriela Tomich Barbosa, que lhe davam provimento parcial para excluir as exigências anteriores à 26/08/2010, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves, Eduardo de Souza Assis e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 16 de dezembro de 2016.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator designado

P