

Acórdão: 24.816/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003131776-09
Impugnação: 40.010156704-06
Impugnante: Auto Posto Real Hotel e Restaurante Ltda
IE: 428062075.01-92
Proc. S. Passivo: Felipe Montes Guerra
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - CRÉDITO PRESUMIDO. Constatada a falta de recolhimento de ICMS, em decorrência da falta de destaque ou destaque a menor do imposto nos documentos fiscais emitidos por adoção indevida do crédito presumido previsto no art. 75, inciso XXXIX, do RICMS/02, em face de a Autuada não ter como atividade principal os CNAEs previstos no dispositivo mencionado. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/01/20 a 31/12/22, em decorrência da falta de destaque ou destaque a menor do imposto nos documentos fiscais emitidos. Infração apurada mediante análise dos documentos fiscais emitidos no período (Cupom Fiscal/ NFCe - nota fiscal de consumidor eletrônica).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 24/30. Requer ao final a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 42/47, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/01/20 a 31/12/22, em decorrência da falta de destaque ou destaque a menor do imposto nos documentos fiscais emitidos. Infração apurada mediante análise dos documentos fiscais emitidos no período (Cupom Fiscal/ NFCe - nota fiscal de consumidor eletrônica).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Em sua defesa, alega a Impugnante que o Fisco teria deixado de considerar a legislação que rege o benefício ao qual faz jus, por exercer atividade de restaurante e similares. Benefício esse que, segundo a Impugnante, está previsto no item 32 da Parte 1 do Anexo IV, do RICMS/02.

Nessa linha de raciocínio, a Impugnante conclui que não teriam sido aplicadas, pela Fiscalização, as alíquotas reais previstas para o seu ramo de atividade.

Entende que a Fiscalização teria aplicado somente a alíquota do ICMS de 18% (dezoito por cento) nos cálculos do ICMS devido.

Aduz que em algumas operações as alíquotas incidentes saíram zeradas nos documentos fiscais. Esclarece que esse fato já estava sendo levantado para regularização, tendo sido impedida pelo Auto de Infração que afastou esta possibilidade.

Por essa razão, conforme extraiu da planilha apresentada pela Fiscalização, somente os produtos com as alíquotas zeradas aplicadas pela Impugnante é que possuem o valor real devido, pleiteando autorização para sua regularização.

Requer, também, a nulidade das penalidades impostas, por considerá-las confiscatórias.

Todavia razão não lhe assiste.

Cumprir registrar que a Impugnante equivoca-se ao inserir em seus argumentos, dispositivos legais referentes ao Decreto nº 48.589/23 – (RICMS/23).

A capitulação legal inserida, qual seja, Anexo IV, Parte 1, item 32, refere-se a dispositivos atualizados pelo Decreto nº 48.589, de 22/03/23, com efeitos a partir de 01/07/23.

O período autuado, em virtude de utilização de alíquota incorreta, é restrito a 01/01/20 a 31/12/22, portanto, os dispositivos legais aplicados a este período fiscalizado estão sob a égide do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13/12/02, que possui efeitos até 30/06/23.

Oportuno destacar, que a análise dos autos usou como base o RICMS/02, com vigência até 30 de junho de 2023, portanto, as citações na exposição da Impugnante de dispositivos do RICMS/23, serão abordadas de acordo com o RICMS/02, uma vez que as operações autuadas estão sob sua égide.

Nesse diapasão, a capitulação legal a ser abordada será a do art. 75, inciso XXXIX, alíneas “a” e “b”, do RICMS/02.

A Defesa entende que não foi considerado o benefício existente para as atividades de restaurantes e similares que é a atividade que a Impugnante exerce.

Contudo tal argumento não merece prosperar.

A Fiscalização constatou que o Contribuinte possui um documento enviado a Administração Fazendária de Uberlândia em 2018, no qual foi formalizada sua opção 24.816/24/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo Crédito Presumido, previsto no art. 75, Inciso XXXIX, alíneas “a” e “b” do citado RICMS/02, veja-se:

RICMS/02

CAPÍTULO V - Do Crédito Presumido

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

(...)

XXXIX - até o dia 31 de dezembro de 2032, ao estabelecimento classificado no código 5611- 2/01 (restaurantes e similares), 5611-2/02 (bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas) ou 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chás, de sucos e similares) da CNAE, observado o disposto no § 10, de modo que a carga tributária resulte em:

- a) 3% (três por cento), no fornecimento ou na saída de refeições;
- b) 4% (quatro por cento), relativamente às demais operações; O Tratamento tributário em questão se aplica exclusivamente aos estabelecimentos classificados como atividade.

O tratamento tributário em questão aplica-se exclusivamente aos estabelecimentos classificados como atividade principal no CNAE códigos 5611- 2/01 (restaurantes e similares), 5611-2/02 (bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas) ou 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chás, de sucos e similares).

Nesse sentido, para usufruir do referido Crédito Presumido e aplicação da alíquota do ICMS de 3% (três por cento) nas saídas de refeições e da alíquota do ICMS de 4% (quatro por cento) nas demais operações, o contribuinte deve efetivamente trabalhar de modo preponderante com as atividades relacionadas no referido inciso XXXIX, do art. 75 do RICMS/02, não abrangendo, portanto, estabelecimentos que possuam as atividades definidas acima como secundárias ou complementares.

Por sua vez, nos termos do art. 101 do RICMS/02, a atividade principal do estabelecimento será classificada segundo Roteiro da Codificação estabelecido pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA):

RICMS/02

Art. 101. A principal atividade econômica de cada estabelecimento do contribuinte será classificada e codificada de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constante do Anexo XIV.

Parágrafo único. A atividade principal do estabelecimento será classificada segundo Roteiro da Codificação estabelecido pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), criada pelo Decreto Federal nº 1.264, de 11 de outubro de 1994.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como o art. 101 do RICMS/02, que contempla regra relativa ao Cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais, trata especificamente da atividade principal desenvolvida pelo contribuinte, somente essa deve ser considerada para efeitos de enquadramento nas hipóteses de aplicação de crédito presumido, que traz como requisito uma classificação específica de CNAE.

Portanto, o inciso XXXIX do art. 75 do RICMS/02, ao fazer referência aos CNAEs 5611-2/01, 5611-2/02 e 5611-2/03, está tratando da atividade principal do estabelecimento.

Destaca-se que tal entendimento vem sendo manifestado de forma reiterada pela Divisão de Orientação Tributária (DOT/DOLT/SUTRI/SEF), conforme Consultas de Contribuintes n°s 246/06, 162/13, 033/16, 062/16, 134/17 e 133/23.

A Impugnante possuía o código CNAE n° 5611-2/02 (bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas) como atividade principal até dezembro de 2018.

A partir de janeiro de 2019 seu CNAE principal passou a ser o CNAE n° 5611-2/04 (bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas, sempre foi secundário).

As verificações dos CNAEs da Impugnante foram feitas em consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica junto ao link da Receita Federal: solucoes.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp.

Já as consultas das alterações promovidas pela Impugnante em seus CNAEs foram obtidas junto ao seu histórico de alterações de CNAEs constante no SIARE.

Portanto, para a Impugnante fazer jus ao benefício previsto no art. 75, inciso XXXIX, alíneas “a” e “b” do RICMS/02, o qual defende em sua impugnação, deveria ter como CNAE principal as atividades: 5611-2/01, 5611-2/02 ou 5611-2/03 vigentes durante o período fiscalizado/autuado (01/01/20 a 31/12/22), fato este não constatado, pois a partir de janeiro de 2019 a empresa deixou de fazer jus ao benefício do crédito presumido, já que seu CNAE principal passou a ser 5611-2/04, não previsto no benefício do Crédito Presumido.

Dessa forma, o documento protocolado na Administração Fazendária de Uberlândia em 2018, pela Impugnante, no qual formalizou sua opção pelo crédito presumido, teve validade até 31/12/18.

No entanto, essa opção deixou de ser válida a partir de janeiro de 2019 e, portanto, não pode ser acatada na impugnação, pois, no período fiscalizado, qual seja, 01/01/20 a 31/12/22, seu CNAE principal 5611- 2/04 não encontra previsão para o benefício do Crédito Presumido.

A Defesa argui que a Fiscalização aplicou somente a alíquota do ICMS de 18% (dezoito por cento), contudo tal argumento é desprovido de razão.

Verifica-se que a Impugnante não conseguiu perceber que no trabalho realizado foram utilizadas diversas alíquotas: 7% (sete por cento), 8,4% (oito inteiros e quatro décimos por cento), 18% (dezoito por cento) e 25% (vinte e cinco por cento),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicadas de acordo com o produto, ou especificidade de cada produto, definidas na legislação vigente no período fiscalizado.

As alíquotas do ICMS estão definidas nos termos do art. 42 RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02.

A Impugnante comercializa mel, que a título de exemplo, possui alíquota de 7% (sete por cento), conforme definido no art. 42, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.3” do RICMS/02.

Comercializa também o rapé, que é um produto de tabacaria, tributado a 25% (vinte e cinco por cento), conforme art. 42, inciso I, alínea “a”, subalínea “a.1” do retrocitado dispositivo regulamentar.

Esclareça-se, por oportuno, a alíquota do ICMS de 18% (dezoito por cento) é aplicada nos demais produtos que não tem a alíquota especificada, conforme previsto no art. 42, inciso I, alínea “e”, do Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

No entanto, alguns produtos com alíquota de 18% (dezoito por cento), também são beneficiados com a redução de base de cálculo, como o sal, o café e outros, conforme item 20, alínea “a”, subalínea “a.1” da Parte I do Anexo IV do Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02), que reduz suas alíquotas de 18% (dezoito por cento) para 7% (sete por cento) - fator de redução de 61,11% (sessenta e um inteiros e onze centésimos por cento) sobre 18% (dezoito por cento).

Dessa forma, destaca-se que não há amparo legal, para a afirmação de que teria sido aplicada pela Fiscalização uma única alíquota, a de 18% (dezoito por cento).

Com relação ao argumento da Autuada de que concorda que algumas operações realmente foram efetuadas com alíquota zerada nos documentos fiscais e que estaria disposta a regularizar somente esses valores, impertinente tal argumento.

Restou demonstrado nos autos que a Impugnante aplicou indevidamente o benefício do Crédito Presumido para o total de suas operações e, portanto, todo o crédito apurado está corretamente lançado e demonstrado na planilha constante no Anexo 1 do e-PTA.

Verifica-se que a Impugnante não logrou êxito em suas tentativas de descaracterizar o lançamento efetuado pelo Fisco, o qual obedeceu a todo um processo regular, culminando com a lavratura do Auto de Infração que demonstrou que a Impugnante não aplicou corretamente a legislação tributária.

Conclui-se, portanto, que a Impugnante não atendia ao requisito legal relativo à sua atividade principal para fazer jus ao regime de crédito presumido, razão pela qual restam corretas as exigências do ICMS, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre reiterar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Flávia Sales Campos Vale.

Sala das Sessões, 27 de fevereiro de 2024.

Gislana da Silva Carlos
Relatora

Cindy Andrade Morais
Presidente / Revisora

CS/D