

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.058/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158517-27
Impugnação: 40.010123469-00
Impugnante: Casa São Miguel Ltda.
IE: 291399028.01-61
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Constatação de que a Impugnante utilizou-se indevidamente da alíquota de 12% (doze por cento) quando a alíquota correta para suas operações seria a de 18% (dezoito por cento) resultando em recolhimento a menor do imposto devido. Mantidas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do artigo 56 da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVROS FISCAIS. Constatação de que a Impugnante deixou de registrar na repartição fazendária competente os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário, relativos aos exercícios de 2004 a 2006. Exigência da Multa Isolada capitulada no inciso II do artigo 54 da Lei nº 6.763/75 mantida.

Lançamento procedente. Decisão unânime. Acionado o permissivo legal, artigo 53 § 3º, da Lei nº 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada prevista no inciso II do artigo 54 da mesma lei a 10% (dez por cento) de seu valor. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca das imputações fiscais de recolhimento a menor de ICMS, no período de 1º de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2006, em virtude da aplicação incorreta da alíquota do imposto nas operações de saída de mercadorias, bem como falta de registro de livros na repartição fiscal.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, ambas capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e, 54, inciso II.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 191/195, em síntese, aos seguintes argumentos:

- verifica-se na apuração fiscal realizada pelos agentes, nítido e fatal engano;
- nas planilhas de “Levantamento – Alíquota – 12% – Registro 54” e Planilhas “Levantamento – Alíquota 12% - Registro 60I”, referente aos exercícios 2004 a 2006, verifica-se que o valor apurado pelo Fisco, para considerar a base de cálculo do imposto totaliza em R\$ 240.714,26, onde os agentes aplicam o percentual de 6%, para calcular a dita diferença de recolhimento em desfavor do contribuinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a apuração do Fisco foi feita às pressas, para considerar auferimento de renda em movimentação ocorrida, mas houve engano, pois no meio dos lançamentos constantes nas planilhas, existem várias transferências de mercadorias para outro estabelecimento quando não se auferiu nenhum lucro;

- verifica-se que grande parte da movimentação apurada trata-se de transferências de mercadorias para filial, não podendo ser considerada venda mercantil, pois referido tipo de operação/transação, é alcançado pelo artigo 5º do RICMS/02;

- o ICMS, inclusive com o próprio nome diz, incide sobre operações relativas à circulação das mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação;

- nas planilhas há várias operações que se tratam de operações cujos Códigos Fiscais de Operações, são 5.152, ou seja, transferência de mercadorias;

- cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria;

- um trabalho que poderia ser simples ao Fisco, os agentes o fizeram tornar-se complexo, minucioso e transtornante, obrigando assim, o contribuinte dispersar sua linha de raciocínio, tendo que se defender, por não terem sido excluídas as transferências de mercadorias que não foram objetos de vendas mercantis;

- o Fisco ainda deveria apurar melhor, as classificações das mercadorias pelo contribuinte comercializadas, pois se trata de uma vasta diversidade de produtos, onde alguns poderão se beneficiar da aplicação de 12% para cálculo do ICMS;

- não merece prosperar a autuação por estar recheada de falhas e sobejante divagação, por terem menosprezado os mais mezinhos direitos do contribuinte, pois aplicaram cálculo do imposto até mesmo sobre as mercadorias objetos de transferência para estabelecimento da mesma titularidade.

Ao final, requer:

- a extinção do Auto de Infração, dando-lhe o direito de promover levantamento de suas operações, de acordo com a emissão de notas fiscais e, constatando diferença, as recolha através de denúncia espontânea com as devidas correções;

- caso assim não entenda, seja revisto o Auto de Infração, devendo o Fisco considerar apenas as saídas de mercadorias, onde consignam vendas mercantis, excluindo portanto os valores referentes à transferência, CFOP 5.152.

O Fisco se manifesta às fls. 212/215, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos seguintes fundamentos que se seguem:

- uma rápida leitura do artigo 5º, incisos X e XI do RICMS/02 é suficiente para constatar que a alegada “não-incidência” não se aplica ao caso em questão;

- as operações de transferência foram realizadas para estabelecimentos filiais da Impugnante, classificados no CNAE-F 4754-7/01 (comércio varejista de móveis) que não se enquadram na condição de depósito fechado ou armazém-geral, como quer fazer crer a Impugnante;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Impugnante alega, ainda, que alguns produtos poderão se beneficiar da aplicação da alíquota de 12%, mas não afirma que existem produtos sujeitos a tal alíquota e tão pouco aponta quais seriam eles;

- a própria Impugnante parece admitir a existência do erro apontado na peça fiscal ao requerer o direito de promover um levantamento em suas operações para efetuar o recolhimento do imposto devido, através de denúncia espontânea;

- o direito de valer-se dos benefícios da denúncia espontânea, previsto no artigo 210 da Lei nº 6.763/75, não mais assiste à Impugnante, tendo em vista a lavratura do Auto de Infração em tela, referente às infrações ora cobradas;

- relativamente ao disposto na Súmula 166 do STJ, ressalta que o trabalho fiscal pautou-se dentro da mais absoluta legalidade, uma vez que foram observados os ditames da legislação tributária mineira;

- não foi apresentado nenhum fato ou argumento capaz de modificar ou elidir o crédito tributário exigido na presente peça fiscal, não logrando a Impugnante êxito algum neste intento.

Ao final, pede a manutenção integral das exigências fiscais, julgando procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento que versa sobre as seguintes imputações fiscais:

- recolhimento a menor de ICMS, no período de 1º de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2006, em virtude da aplicação incorreta da alíquota do imposto nas operações de saída de mercadorias;

- falta de registro dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário, dos exercícios de 2004, 2005 e 2006, na repartição fiscal.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, ambas capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e, 54, inciso II.

O Auto de Infração que formaliza as exigências (fls. 03/04), está acompanhado de Relatório Fiscal (fls. 07/10) e do Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (fls. 05/06).

A Impugnante alega que as operações de transferência para outros estabelecimentos seus (filiais) não podem ser objeto de tributação, por não se tratar de “venda mercantil”, e por força de inteligência do artigo 5º, incisos X e XI do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, com suas alterações posteriores, dispositivos estes transcritos às fls. 192 pela própria Defendente.

Entretanto, da análise destes dispositivos regulamentares verifica-se que os mesmos não se aplicam ao caso dos autos.

A não-incidência do ICMS prevista no inciso X do artigo 5º do RICMS/MG refere-se a “saída de mercadoria com destino a armazém-geral ou para depósito fechado para guarda em nome do remetente”. Não se encontra comprovado nos autos que os estabelecimentos da própria Impugnante para os quais foram enviadas as mercadorias, objeto da autuação, tratam-se de armazém-geral ou depósito fechado. Como se verá a seguir, o Código de Atividade Econômica destes estabelecimentos é de comércio varejista.

O inciso XI do artigo 5º do RICMS/MG está intimamente ligado ao já citado inciso X e trata do retorno das referidas mercadorias ao estabelecimento depositante. Portanto, a hipótese de não-incidência prevista nos incisos X e XI do artigo 5º do RICMS/MG, não se aplica ao caso dos autos.

Deve ser ressaltado que as operações de transferência foram realizadas para estabelecimentos filiais da Impugnante, todos classificados no CNAE-F 4754-7/01.

Segundo o Anexo XIV do RICMS/MG estão enquadradas no Código Nacional de Atividades Econômicas - CNAE-F nº 4754-7/01 - as atividades de comércio varejista de móveis.

Na seção G, na qual se encontra o CNAE-F nº 4754-7/01, somente estão compreendidas as atividades de compra e venda de mercadorias, como pode ser visto das notas explicativas a seguir:

SEÇÃO G

COMÉRCIO; REPARAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS

Esta Seção compreende as atividades de compra e venda de mercadorias, sem transformação significativa, inclusive quando realizadas sob contrato. Inclui também a manutenção e reparação de veículos automotores.

A venda sem transformação inclui operações (ou manipulações) que são usualmente associadas ao comércio, tais como: montagem, mistura de produtos, engarrafamento, empacotamento, fracionamento etc., quando realizadas pela própria unidade comercial.

O comércio de mercadorias organiza-se em dois segmentos:

- atacado; e
- varejo

O comércio atacadista revende mercadorias novas ou usadas, sem transformação, a varejistas, a usuários industriais, agrícolas, comerciais, institucionais e profissionais, ou a outros atacadistas; ou atua como representante comercial ou agente do comércio na compra ou venda de mercadorias a esses usuários.

No comércio atacadista, distinguem-se dois tipos de atividades: o atacadista que compra a

mercadoria que revende, o atacadista representante ou agente do comércio, que, sob contrato, comercializa em nome de terceiros, inclusive operando o mercado eletrônico via internet. Estas atividades são desenvolvidas por comerciantes atacadistas, distribuidores de produtos industriais, exportadores e importadores, comissários, agentes de fábricas, compradores itinerantes e cooperativas que comercializam produtos agrícolas.

O comércio varejista revende mercadorias novas e usadas, sem transformação, principalmente ao público em geral, para consumo ou uso pessoal ou doméstico.

As unidades comerciais que revendem tanto para empresas como para o público em geral devem ser classificadas como varejistas.”

Desta forma, como todos os estabelecimentos filiais possuem CNAE-F 4754-7/01 (comércio varejista de móveis), não se enquadram na condição de depósito fechado ou armazém-geral, como quer fazer crer a Impugnante.

Ademais, também não é possível a utilização da alíquota de 12% (doze por cento) nas operações realizadas pela Impugnante uma vez que esta alíquota somente é aplicada nas operações com móveis nas saídas das indústrias, conforme se extrai da subalínea “b.7” do artigo 42 do RICMS/MG, a saber:

“CAPÍTULO VII

Da Alíquota

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.7) móveis classificados na posição 9403 da NBM/SH, assentos classificados nas subposições 9401.30, 9401.40, 9401.50, 9401.61, 9401.69, 9401.71, 9401.79, 9401.80 e 9401.90 da NBM/SH e colchões, estofados, espumas e mercadorias correlatas classificadas nas subposições 3909.50.29, 3921.13, 9404.21.00, 9404.29.00 e 9404.90.00, da NBM/SH, promovidas por estabelecimento industrial;

.....” (grifos não constam do original)

A Impugnante alega, ainda, que alguns produtos poderiam se beneficiar da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento). Entretanto, a Impugnante não aponta quais seriam estes produtos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a Impugnante admite a possível existência do erro apontado na peça fiscal, ao requerer o direito de promover um levantamento em suas operações para, posteriormente, efetuar o recolhimento do imposto devido, através de denúncia espontânea, com as devidas correções.

Também neste caso o pleito da Defendente não pode ser acatado nesta esfera de julgamento administrativo pois, o direito de valer-se dos benefícios da denúncia espontânea, previsto no artigo 210 da Lei nº 6.763/75, não mais lhe assiste, tendo em vista a lavratura do Auto de Infração em apreciação.

Destaque-se que esta limitação está ligada às operações objeto da autuação. Caso a Impugnante promova o levantamento pleiteado e verifique a existência de outros valores a serem corrigidos, valores e operações que não sejam objeto deste Auto de Infração, poderá utilizar do instituto da denúncia espontânea.

O trabalho fiscal pautou-se nas normas estaduais sobre a matéria não podendo, neste julgamento, acatar-se as decisões e a Súmula do STJ nº 166 citadas pela Impugnante.

Além da questão do recolhimento a menor do ICMS provocado pela utilização indevida de alíquota do ICMS, o Auto de Infração também traz exigências relativas ao descumprimento de obrigações acessórias, quais sejam, o registro de livros fiscais na repartição fazendária.

Seja o contribuinte principal ou sujeito passivo responsável, na hipótese de obrigações acessórias, ele é responsável pelo cumprimento das regras impostas pelas normas regulamentares do ICMS e que possibilitam a conferência e verificação da correção dos procedimentos fiscais adotados.

No que tange à multa isolada exigida pelo descumprimento da obrigação acessória, tem-se que a penalidade aplicada está prevista na legislação tributária e o tipo descrito na norma sancionatória encontra-se em perfeita consonância com a conduta imputada à Impugnante nos presentes autos, *in verbis*:

“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:

.....
II - por falta de livros fiscais devidamente registrados na repartição fiscal ou de livros fiscais escriturados por processamento eletrônico de dados devidamente autenticados - 500 (quinhentas) UFEMGs por livro;
.....”

A imposição de multa decorre do fato de que o contribuinte tem o dever de prestar informações ao Fisco.

A presente autuação, como já dito linhas atrás, decorre da constatação fiscal de que a Impugnante não registrou os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário, dos exercícios de 2004, 2005

e 2006, na repartição fiscal. Trata-se de uma obrigação acessória. A multa isolada calculada tomando-se como base o UFEMG, está prevista na Lei nº 6.763/75 e foi aplicada atendendo exatamente aos ditames da norma à qual o Fisco está adstrito nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Ressalte-se que, de acordo com o artigo 113 do Código Tributário Nacional, a obrigação acessória decorre da legislação tributária, que, segundo o artigo 96 do citado Código, compreende, entre outras normas legais, os decretos.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração em comento.

Diante da informação de fl. 217 quanto a não constatação de reincidência por parte da Impugnante a Câmara analisou a possibilidade de aplicação do permissivo legal.

Cumprido destacar que o permissivo legal, benefício contido na legislação mineira, possibilita o cancelamento ou redução da penalidade, desde que preenchidos certos requisitos, sendo que a Impugnante não possui obstáculos a fruição do mesmo.

Entretanto, este não é ato vinculado. Pela interpretação literal do § 3º do artigo 53 da Lei nº 6.763/75, percebe-se claramente que o acionamento do permissivo legal é uma faculdade da Câmara de Julgamento.

O permissivo legal consiste na possibilidade de abrandamento da penalidade na forma estabelecida pelo artigo 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, que concede poder ao órgão julgador administrativo para reduzir ou até mesmo cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas também estabelece requisitos e condições para que este mister possa ser efetivado, *in verbis*:

"CAPÍTULO XIV

Das Penalidades

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

.....

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

condenatória irrecorrível na esfera
administrativa, relativamente à infração
anterior.” (grifos não constam do original)

Ressalte-se que a aplicação do permissivo legal não atinge o mérito da imputação fiscal, mas apenas inibe a exigência da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, infração considera como cometida.

O efeito prático da decisão acerca da aplicação do permissivo legal é de que o valor da penalidade para pagamento será reduzido, relativamente ao processo no qual a decisão foi prolatada, por ter sido acionado o permissivo legal. Entretanto, como a decisão de mérito foi desfavorável à Impugnante, ficou configurado o cometimento da infração à legislação tributária.

Assim, caso a Defendente volte a praticar a mesma infração, no período de 05 (cinco) anos, será considerada reincidente, a multa será majorada em 50% (cinquenta por cento) e o Conselho de Contribuintes não mais poderá reduzir ou cancelar a penalidade lhe aplicada, na forma dos §§ 5º e 6º do artigo 53 da Lei nº 6.763/75.

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos, aliados a inexistência de efetiva lesão ao Erário e a não comprovação de ter a Impugnante agido com dolo, fraude ou má-fé, bem como o fato de que a irregularidade relativa ao descumprimento da obrigação principal ter sido apurada nas informações prestadas pela Defendente ao Fisco, é cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a penalidade isolada capitulada no artigo 54, inciso II, da Lei nº 6.763/75 a 10% (dez por cento) do seu valor.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, por maioria de votos, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6.763/75, para reduzir a multa isolada a 10% (dez por cento) do seu valor. Vencida a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, que não o acionava. Participaram do julgamento, além dos signatários, e da Conselheira vencida o Conselheiro Edécio José Cançado Ferreira.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora