

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.879/18/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000849228-16
Impugnação: 40.010144658-33 (Coob.)
Impugnante: F'Na É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda. (Coob.)
CNPJ: 00.851567/0001-71
Autuada: G03 Indústria Com, Distribuição de Bebidas Ltda - Grupo É-Ouro
IE: 002066734.02-97
Proc. S. Passivo: André Campos Prates/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos que a empresa coobrigada é sucessora da empresa autuada. Correta, portanto, a sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 132 do CTN.

ICMS - FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o ICMS operação própria incidente nas saídas de mercadorias com destino a outro contribuinte. As mercadorias foram recebidas com recolhimento indevido de substituição tributária, tendo em vista a interdependência dos remetentes, nos termos do art. 222, inciso IX, alínea “b”, do RICMS/02. Infração caracterizada nos termos do art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e respectiva Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o ICMS/ST incidente nas saídas de mercadorias com destino a outro contribuinte. As mercadorias foram recebidas com recolhimento indevido de substituição tributária, tendo em vista a interdependência dos remetentes, nos termos do art. 222, inciso IX, alínea “b”, do RICMS/02. Infração caracterizada nos termos do art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e respectiva Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, além da Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, ambas da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o adicional de alíquota do ICMS/ST correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações com mercadorias (bebidas) previstas no inciso do art. 2º, inciso I c/c art. 3º, inciso I, ambos do Decreto nº 45.934/12. Corretas as exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por

cento) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de destaque e de recolhimento de ICMS/OP, ICMS/ST e do adicional de alíquotas de ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), na saída de bebidas com destino a outros contribuintes, realizadas no período de 01/01/13 a 30/06/14.

As mercadorias (cerveja, chope e refrigerantes) foram recebidas de fornecedores do estado do Rio de Janeiro, com recolhimento indevido de ICMS/ST, tendo em vista que tais fornecedores mantinham relação de interdependência com a Autuada (mesmo sócio administrador), hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST recai sobre o estabelecimento que promove a saída das mercadorias com destino a outro contribuinte, nos termos do art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Os valores cobrados indevidamente a título de ICMS/OP e ICMS/ST nas entradas das mercadorias no estabelecimento autuado foram abatidos do valor devido, nas mesmas rubricas, quando da saída de mercadorias.

Exigências de ICMS/OP, ICMS/ST e do adicional do FEM, além das respectivas Multas de Revalidação, previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

Por ser a incorporadora da empresa G03 Indústria, Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda - Grupo É-Ouro, a Impugnante empresa F'NA É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 132 do Código Tributário Nacional - CTN.

Da Impugnação

Inconformada, a Coobrigada “F'NA É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda” apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 35/93, acompanhada dos documentos de fls. 94/156.

Afirma, em apertada síntese, o que segue.

Alega ilegitimidade passiva da Autuada para figurar como responsável pelo imposto exigido e afirma que o Convênio ICMS nº 81/93, o Protocolo ICMS nº 11/91 e os arts. 12 e 13 do Anexo XV do RICMS/02 definem como responsável tributário o remetente da mercadoria, o qual já recolheu o tributo devido a Minas Gerais. Cita jurisprudência do STJ e do STF que entende assentes com o seu posicionamento.

Aduz que incluiu nos autos cópias de pedidos de restituição de ICMS/ST protocolados pelo fornecedor das mercadorias e deferidos pelo estado de Minas Gerais, além de Autos de Infração lavrados contra esse fornecedor por suposta aplicação equivocada da base de cálculo do imposto e, ainda, intimação para que se cadastrasse como substituto tributário perante a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende que tais documentos reconheceriam a condição de substituto tributário do remetente, já que, em nenhuma das situações, houve menção à relação de interdependência com o destinatário mineiro.

Alega que pleiteou junto ao estado de Minas Gerais, em abril de 2011, um regime especial que lhe atribuisse a condição de substituto tributário nas operações realizadas com fornecedores do estado do Rio Janeiro, pedido esse que foi indeferido pelo Fisco Mineiro, mesmo tendo sido detectada a relação de interdependência, levando a crer que tal relação só é válida quando aplicada desfavoravelmente ao contribuinte.

Defende a inaplicabilidade do critério de interdependência previsto no art. 222, inciso IX, alínea “b”, do RICMS/02. Entende que este se aplicaria somente nas operações internas, não alcançando a presente situação, na medida em que tal dispositivo não poderia alterar os atos legais emanados do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Pondera também que somente com o recente advento do Convênio ICMS nº 52/17 que os estados foram autorizados a não aplicar o regime da substituição tributária nas operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes.

Aduz ainda ofensa ao princípio da não cumulatividade, na medida em que os valores de ICMS/ST anteriormente recolhidos pelos remetentes (com encargo transferido à Impugnante), apesar de serem tidos pelo Fisco como devidos, não foram integralmente restituídos à Autuada, sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito futuro, desrespeitando os arts. 92 e 94 do RICMS/02. Acrescenta que a não concessão do crédito integral seria um desrespeito aos princípios da legalidade e da vinculação.

Demais disso, assevera que as multas de revalidação aplicadas seriam irrazoáveis e desproporcionais, apresentando caráter de confisco, em claro desrespeito ao princípio da capacidade contributiva.

Argumenta, em acréscimo, que a multa isolada cominada não observou a restrição imposta no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, correspondente a duas vezes o valor do imposto incidente na operação.

Entende necessária a produção de prova pericial, cujos quesitos apresenta à fl. 92.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 162/180, ressalta que o presente PTA segue o mesmo padrão dos demais lavrados contra a Autuada, que impetrou o Mandado de Segurança (MS) nº 5003005-02.2016.8.13.0145, pedindo o reconhecimento do direito ao aproveitamento integral dos créditos de ICMS destacados nas operações anteriores realizadas com fornecedores interdependentes.

Considerando que nos demais processos a AGE se manifestou pela coincidência apenas parcial entre o MS e o presente Auto de Infração, a qual alcança

apenas o direito ao crédito integral do imposto exigido nas operações anteriores, optou a Fiscalização por já seguir de antemão o entendimento da AGE e elaborar manifestação fiscal restrita apenas às questões que não foram objeto do citado MS.

Assim, no que tange às matérias não impugnadas judicialmente, refuta integralmente as alegações da Defesa, e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG emite Parecer às fls. 185/204 opinando, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, pela procedência das exigências não impugnadas judicialmente, nos termos do entendimento reiteradamente manifestado pela AGE em autos de infração de igual natureza, quando da análise dos efeitos, na esfera administrativa, do MS nº 5003005.02.2016.8.13.0145.

DECISÃO

Cumpra registrar, a princípio, que o presente julgamento abrangerá o lançamento como um todo, considerados todos os aspectos da regra matriz de incidência tributária (não obstante a judicialização parcial do seu aspecto quantitativo), ficando ressalvado, desde logo, que eventual decisão judicial divergente, como não poderia deixar de ser, prevalecerá sobre a manifestação desde Órgão Julgador Administrativo.

Referido procedimento impõe-se em função da impossibilidade de apreciação tão somente de um ou alguns aspectos da hipótese de incidência (por exemplo, a sujeição passiva ou mesmo o cabimento da aplicação da multa de revalidação) descolados do aspecto quantitativo (apuração do ICMS devido) que, como visto, foi submetido ao escrutínio judicial.

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.

Da Preliminar

A Impugnante solicita a produção de prova pericial, apresentando os seguintes quesitos:

1 - qual o valor do ICMS devidamente recolhido pela IMPUGNANTE, destacado nas Notas Fiscais, emitidas pelas suas fornecedoras, situadas nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, que serviram de base à Autuação;

2 - se os valores de ICMS recolhidos pela Impugnante nas operações comerciais realizadas com as empresas fornecedoras, situadas nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, correspondem a uma antecipação do ICMS devido em toda a cadeia comercial, i.e., do fornecedor ao consumidor final, e se nesta antecipação está incluído, principalmente, o ICMS devido pela IMPUGNANTE a título de Operação Própria;

3 - qual a base de cálculo utilizada pela IMPUGNANTE para apuração do ICMS/ST nas operações comerciais realizadas com as empresas fornecedoras, situadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, cujos documentos fiscais serviram de base para a Autuação;

4 - que responda o d. Perito se, a autuação fiscal contempla períodos distintos entre a entrada e a saída;

5 - se na apuração procedida pelo Fisco, foram considerados créditos que estavam em exercício anterior e imputados débitos sem compensação desses créditos;

6 - se constam nas operações de saída, os CFOPs que não são tributados;

7 - se o ICMS/ST indevidamente pago na operação desclassificada pelo Fisco foi integralmente compensado nas operações subsequentes de ICMS/OP e ICMS/ST;

8 - que responda, igualmente, se esses equívocos geraram crédito indevido para o Fisco.

Como se nota da simples leitura dos quesitos, o pedido de perícia relaciona-se diretamente com o pedido de reconhecimento do direito à compensação integral dos créditos pela entrada de mercadorias provenientes dos fornecedores interdependentes do estado do Rio de Janeiro, matéria esta levada à apreciação do Poder Judiciário no âmbito do MS nº 5003005-02.2016.8.13.0145, não obstante referida compensação já tenha sido efetuada pela Fiscalização desde o advento do lançamento original.

Nesta perspectiva, indefere-se-se o pedido de perícia, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de destaque e de recolhimento do ICMS/OP e do ICMS/ST nas saídas internas de mercadorias (bebidas) com destino a outros contribuintes do imposto, no período de 01/01/13 a 30/06/14.

As mercadorias (cerveja, chope e refrigerantes) foram recebidas de fornecedores do estado do Rio de Janeiro, com destaque e recolhimento de ICMS/ST. No entanto, tais fornecedores mantinham relação de interdependência com a Autuada (mesmo sócio-administrador), hipótese em que a responsabilidade pela retenção e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento do ICMS/ST recai sobre o estabelecimento que promove a saída das mercadorias com destino a outro contribuinte, no caso, a Autuada.

Os valores recolhidos indevidamente a título de ICMS/OP e ICMS/ST nas operações de entrada das mercadorias no estabelecimento autuado foram abatidos do valor devido, nas mesmas rubricas, quando da saída das mercadorias em Minas Gerais.

Exigências de ICMS/OP, ICMS/ST e das respectivas Multas de Revalidação, previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

A exigência do adicional de alíquota de ICMS/ST referente ao FEM está prevista no art. 2º, inciso I c/c art. 3º, inciso I, ambos do Decreto nº 45.934/12:

Art. 2º Na operação interna que tenha como destinatário consumidor final e na operação interestadual que tenha como destinatário pessoa não contribuinte do ICMS, realizadas até 31 de dezembro de 2015, com mercadoria abaixo relacionada, a alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais:

I - cerveja sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

(...)

Art. 3º O disposto no artigo 2º:

I - aplica-se, também, na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

(...)

Saliente-se que, à época dos fatos, as operações foram realizadas pela empresa G03 Indústria, Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda – Grupo E-Ouro, que, por sua vez, foi incorporada pela empresa F'NA É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda, ora Impugnante.

Isto posto, observa-se que a empresa que sucedeu a Autuada foi corretamente incluída no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigada, nos termos do art. 132 do CTN:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

A Impugnante alega ilegitimidade passiva da Autuada para figurar como responsável pelo imposto exigido e afirma que o Convênio ICMS nº 81/93, o Protocolo ICMS nº 11/91 e os arts. 12 e 13 do Anexo XV do RICMS/02 escolhem como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável tributário o remetente da mercadoria, o qual já recolheu o tributo devido a Minas Gerais. Cita jurisprudência do STJ e do STF.

A condição de substituto tributário foi atribuída à Autuada pelo art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em razão da interdependência entre os estabelecimentos remetente e destinatário das mercadorias, justamente no intuito de evitar a manipulação do recolhimento do ICMS/ST entre empresas interdependentes:

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. 47. A substituição tributária relativa às operações subseqüentes com as mercadorias de que trata o item 1 da Parte 2 deste Anexo não se aplica nas operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes, exceto varejistas, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte."

A Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 81/93 afirma que a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria, condição atribuída à Autuada pelo citado art. 47.

Ademais, deve-se ter em conta que o art. 47 traz à baila norma simétrica àquela contida no inciso II da mesma Cláusula Quinta, numa equiparação dos estabelecimentos interdependentes a estabelecimentos do mesmo sujeito passivo:

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

Nova redação dada ao inciso I pelo Conv. ICMS 96/95, efeitos a partir de 13.12.95.

I - às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

(Grifou-se)

Segundo tal norma, no caso de operações entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo por substituição, o dever de reter e recolher o tributo cabe ao estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Dessa forma, correta a atribuição à Autuada da condição de Sujeito Passivo por substituição do imposto nas saídas de mercadorias com destino a outro Contribuinte (responsabilidade que foi estendida à Impugnante por coobrigação), cabendo-lhe o dever de reter e recolher o imposto incidente nas saídas dessas mercadorias, nos exatos termos do enquadramento jurídico realizado pelo Fisco.

Noutro giro, a Impugnante afirma que incluiu nos autos cópias de pedidos de restituição de ICMS/ST protocolados por fornecedor das mercadorias e deferidos pelo estado de Minas Gerais, além de autos de infração lavrados contra esse fornecedor por suposta aplicação equivocada da base de cálculo do imposto e, ainda, intimação para que se cadastrasse como substituto tributário perante a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Entende que tais documentos reconheceriam a condição de substituto tributário do remetente, já que, em nenhuma das situações, houve menção à relação de interdependência com o destinatário mineiro.

Inicialmente, importante salientar que os pedidos de restituição trazidos aos autos pela Impugnante (fls. 134/143) foram realizados pela empresa “Leyroz de Caxias Indústria Comércio e Logística Ltda”, que, apesar de ser também interdependente da Autuada, não é fornecedora de mercadorias envolvidas no presente feito fiscal (conforme fls. 10 e 11).

Ademais, não se pode olvidar que os documentos em questão foram analisados pela unidade fazendária responsável exclusivamente sob a ótica das disposições atinentes aos pedidos de restituição de tributos, contidas nos arts. 28 a 36 do RPTA.

Não obstante a possibilidade de se vislumbrar problemas na sujeição passiva durante essa análise, hipótese em que, obviamente, seria iniciado um processo de auditoria, por força da vinculação funcional do art. 142, parágrafo único, do CTN, fato é que o RPTA não exige um procedimento completo de auditoria em todos os elementos da obrigação tributária como requisito para concessão de restituição de tributo indevidamente recolhido, mas sim o atendimento aos citados dispositivos (art. 28 a 36) do RPTA.

O deferimento de pedidos de restituição de tributos não é prova de que a Fiscalização tenha chancelado a condição de substituto tributário relativamente aos remetentes das mercadorias, como afirma a Impugnante, mas apenas demonstra que as alegações contidas nesses pedidos (como cancelamento de nota fiscal e recolhimento para o estado errado, dentre outros) restaram demonstradas, razão pela qual foi deferida a restituição.

Noutras palavras, o deferimento de restituição de tributos pagos indevidamente não tem o condão de afastar a incidência da legislação tributária e de alterar o fato de que os recolhimentos de ICMS/ST realizados pelos remetentes das mercadorias seriam indevidos, posto que a relação de interdependência entre eles e a Autuada atrai a aplicação do art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

O desconhecimento da situação irregular por parte do Fisco não gera ao Contribuinte o direito de se manter na irregularidade “*ad aeternum*”. Cabe ao Fisco, em identificando a irregularidade, proceder ao lançamento do crédito tributário dela decorrente, dentro do prazo decadencial, exatamente como se deu no presente caso.

Assim, sem razão a Impugnante em seu argumento.

No que tange aos Autos de Infração lavrados diretamente contra o fornecedor Leyroz de Caxias Indústria Comércio e Logística Ltda, por suposta

aplicação equivocada da base de cálculo do ICMS/ST, mais uma vez não assiste razão à Impugnante.

Os procedimentos fiscais auxiliares exploratórios que antecederam a autuação, realizados nos termos do art. 66, inciso II, do RPTA, permitiram ao Fisco aumentar o grau de conhecimento sobre as atividades econômicas e o comportamento fiscal-tributário do Sujeito Passivo, mediante diligência *in loco*.

Nesse momento, com base na verificação de documentos e registros fiscais, identificou-se a existência da relação de interdependência em comento e, especialmente, que como consequência dessa interdependência, o sujeito passivo por substituição das operações seria o estabelecimento autuado e não o remetente das mercadorias.

Como anteriormente afirmado, o desconhecimento da situação irregular por parte do Fisco não gera ao contribuinte o direito de se manter na irregularidade indefinidamente. Cabe ao Fisco, em identificando a existência da irregularidade no recolhimento do tributo, proceder ao lançamento do crédito tributário dela decorrente, dentro do prazo decadencial, exatamente como se deu no presente caso.

Ademais, os Autos de Infração nºs 01.000186112-80 e 01.000172708-96, lavrados contra o remetente Leyroz de Caxias Indústria Comércio e Logística Ltda, uma das empresas interdependentes em questão, referem-se aos exercícios de 2009 e 2010, ao passo que o presente Auto de Infração refere-se a operações distintas, ocorridas em 2013 e 2014.

Por essa razão, não deve prosperar o argumento apresentado.

Lado outro, a eventual intimação realizada pelo Fisco para que um dos remetentes das mercadorias se inscrevesse como substituto tributário em Minas Gerais, documento que também não consta dos autos, não tem nenhum impacto sobre o presente trabalho.

Trata-se de medida comum, realizada regularmente pelo Fisco em relação a qualquer empresa que remeta a contribuintes mineiros mercadorias sujeitas à substituição tributária, independentemente da existência ou não de interdependência.

Quando o remetente, situado em outro estado, realiza operações com empresa não interdependente, assume a condição de responsável pelo recolhimento do ICMS/ST. Nesse caso, a inscrição estadual como substituto no estado de Minas Gerais lhe permitiria recolher o tributo no prazo assinalado para os demais contribuintes mineiros e não a cada operação.

Além disso, a inscrição dos remetentes como substitutos tributários no estado de Minas Gerais é do interesse da Secretaria de Fazenda, na medida em que facilita o controle e a fiscalização das operações e a conferência dos recolhimentos tributários realizados, não guardando qualquer relação com as condições específicas e individuais de cada um dos contribuintes.

Dessa forma, sem razão o argumento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega a Impugnante que pleiteou junto ao estado de Minas Gerais, em abril de 2011, um regime especial que lhe atribuisse a condição de substituto tributário nas operações realizadas com fornecedores do estado do Rio Janeiro, pedido esse que foi indeferido pelo Fisco Mineiro, mesmo tendo sido detectada a relação de interdependência, levando a crer que tal relação só é válida quando aplicada desfavoravelmente ao contribuinte.

O regime especial é um tratamento diferenciado que poderá ser concedido pela Secretaria de Fazenda, de forma discricionária, para atender às peculiaridades de um determinado interessado, nas hipóteses previstas na legislação do imposto.

A solicitação de regime especial realizada pela Impugnante baseou-se no art. 9º do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 9º O recolhimento do imposto devido pelo alienante ou remetente da mercadoria poderá ser efetuado pelo destinatário situado neste Estado, na condição de sujeito passivo por substituição, nas hipóteses previstas neste Regulamento ou mediante regime especial concedido pela Superintendência de Tributação - SUTRI (Grifouse).

Como se observa na cópia do Parecer referente ao PTA nº 16.000413240-52, a análise realizada pela Superintendência de Tributação da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais com base nos critérios de conveniência e oportunidade concluiu que a concessão do regime especial seria inconveniente e inoportuna, por diversos motivos alheios à questão da interdependência.

Inicialmente, as mercadorias solicitadas pela Requerente não estavam incluídas no inciso V do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV, o que impossibilitava a concessão de regime especial:

Art. 18. A substituição tributária de que trata esta Seção não se aplica:

(...)

V - às operações que destinem mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas nos capítulos 2, 8, 10 a 12, 18 e 19, no capítulo 3, com âmbito de aplicação 3.2, no capítulo 14, com âmbito de aplicação 14.1, no capítulo 15, com âmbito de aplicação 15.1, no capítulo 16, com âmbito de aplicação 16.2, no capítulo 17, com âmbito de aplicação 17.1 e 17.3, no capítulo 20 com âmbito de aplicação 20.1, no capítulo 21, com âmbito de aplicação 21.1 e 21.3, e no capítulo 27, com âmbito de aplicação 27.1, todos da Parte 2 deste Anexo, a contribuinte detentor de regime especial de tributação de atribuição de responsabilidade, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes, concedido pelo Superintendente de Tributação.

Além disso, o sócio-administrador da Autuada figurava também sócio-administrador das empresas Águas Claras Comércio de Bebidas Ltda, Imperial Administração Ltda e Centro de Distribuição de Bebidas Lokal de Belo Horizonte, cujas inscrições foram suspensas ou canceladas, em razão de indeferimento do pedido de baixa para encerramento das atividades.

Por fim, constatou-se que o referido sócio possuía um mandado de prisão expedido, além de um pedido de *Habeas Corpus* denegado, em processo referente à evasão de divisas para o Uruguai.

Como se vê, diante da discricionariedade da medida, havia sobejos motivos para a não concessão do regime especial solicitado, não havendo que se falar em aplicação da interdependência apenas quando desfavorável ao contribuinte, como alegado na defesa.

A Impugnante defende a inaplicabilidade do critério de interdependência previsto no art. 222, inciso IX, alínea “b”, do RICMS/02 ao entendimento de que se aplicaria somente nas operações internas, não alcançando a presente situação, na medida em que tal dispositivo não poderia alterar os atos legais emanados do CONFAZ.

Acrescenta que apenas após a publicação do Convênio ICMS nº 52/17 os Estados foram autorizados a não aplicar o regime de substituição tributária nas operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes.

O critério de interdependência adotado pelo Fisco está previsto no art. 222, inciso IX, alínea “b”, do RICMS/02, que determina:

Art. 222. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

IX - consideram-se interdependentes duas empresas, quando:

(...)

b) uma mesma pessoa fizer parte de ambas na qualidade de diretor ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;

(Grifou-se).

A simples leitura do dispositivo leva à conclusão de que se trata de um critério geral, sem qualquer distinção territorial, aplicável tanto aos contribuintes situados em Minas Gerais quanto àqueles instalados em outros estados. Não é dado ao intérprete distinguir aquilo que a lei não distinguiu.

Ao contrário do que entende a Impugnante, o Convênio ICMS nº 52/17 não autorizou os estados a deixar de aplicar a substituição tributária entre estabelecimentos interdependentes, mas sim, estabeleceu normas gerais em diversos assuntos referentes aos regimes de substituição tributária, dentre as quais se engloba a uniformização dos critérios de interdependência adotados pelos estados signatários, no intuito de padronizar procedimentos, reduzir custos de controle tributário por parte das empresas

e, ainda, aumentar a segurança jurídica nas operações interestaduais sujeitas à substituição tributária.

Entretanto, os critérios de interdependência e suas consequências há muito integram as legislações tributárias estaduais referentes ao ICMS, na medida em que impactam, de forma direta, a aplicação prática do princípio da autonomia dos estabelecimentos, um dos pilares jurídicos de toda a estrutura do ICMS, prestando-se a impedir que estabelecimentos interdependentes possam manipular tanto a base de cálculo, como a sujeição passiva nas operações entre eles realizadas.

Ademais, o critério de interdependência adotado pelo art. 222, inciso IX, alíneas “a” e “b”, do RICMS/02, já transcrito, mostra-se mais restrito e de menor alcance do que aquele contido na regra geral de interdependência empresarial, trazida pelo art. 42 da Lei Federal nº 4.320/64, o que denota seu caráter específico, voltado à finalidade precípua de proteger o princípio da autonomia dos estabelecimentos contra eventuais manipulações discricionárias promovidas por estabelecimentos interdependentes. Observe-se o dispositivo legal em comento:

Art. 42. Para os efeitos desta lei, considera-se existir relação de interdependência entre duas firmas:

I - quando uma delas tiver participação na outra de quinze por cento ou mais do capital social, por si, seus sócios ou acionistas, bem assim por intermédio de parentes destes até o segundo grau e respectivos cônjuges, se a participação societária for de pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 7.798, de 1989)

II - quando, de ambas, uma mesma pessoa fizer parte, na qualidade de diretor ou de sócio que exerçam funções de gerência, ainda que essas funções sejam exercidas sob outra denominação;

III - Quando uma delas tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento) no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do volume das vendas dos produtos tributados de sua fabricação, importação ou arrematação.

Parágrafo único. Considera-se ainda haver interdependência entre duas firmas, com relação a determinado produto:

I - quando uma delas fôr a única adquirente, por qualquer forma ou título inclusive por padronagem, marca ou tipo de um ou de mais de um dos produtos, industrializados, importados ou arrematados pela outra;

II - quando uma delas vender à outra produto tributado de sua fabricação, importação, ou arrematação, mediante contrato de comissão, participação e ajustes semelhantes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, ressalte-se que não cabe a esse órgão julgador negar aplicação de ato normativo em vigor, nos termos do art. 182, inciso I, da 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;

Dessa forma, deve ser afastado o argumento.

A Impugnante aduz a ocorrência de ofensa ao princípio da não cumulatividade, na medida em que os valores de ICMS/ST anteriormente recolhidos pelos remetentes (com encargo transferido à Impugnante), apesar de serem tidos pelo Fisco como devidos, não foram integralmente restituídos à Autuada, sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito futuro, nos termos dos arts. 92 e 94 do RICMS/02. Acrescenta que a não concessão do crédito integral seria um desrespeito aos princípios da legalidade e da vinculação.

Salienta que já recolheu integralmente o imposto incidente na operação, não sendo possível compensá-lo com os valores ora exigidos, que deveriam ser idênticos, e chegar à conclusão de que ainda resta imposto a recolher. Conclui que o ICMS/ST recolhido na operação anterior para Minas Gerais não está sendo compensado com o tributo ora exigido, sob argumento de que não se pode compensar ICMS/ST com ICMS/OP, argumento do qual discorda.

Não obstante o fato de que o Fisco concedeu os créditos referentes aos valores de ICMS/ST e ICMS/OP recolhidos pelas empresas fornecedoras da Autuada no mesmo período de apuração, na proporção dessas aquisições em relação ao total de aquisições, o direito ao crédito integral pelas entradas de mercadorias, como dito, é objeto do Mandado de Segurança nº 5003005-02.2016.8.13.0145.

Em seguida, afirma a Impugnante que o comportamento do Fisco, em reconhecer a fornecedora Leyroz de Caxias como substituta, excluiria a Autuada desta qualidade nas operações autuadas. Entende que tal situação deve ser tomada como uma prática reiterada das autoridades administrativas, conforme previsão do art. 100, inciso III, parágrafo único, do CTN, razão pela qual as multas aplicadas devem ser canceladas.

Inicialmente, importante salientar que a fornecedora Leyroz de Caxias, não obstante ser estabelecimento com relação de interdependência com a Autuada, não está envolvida nas operações que deram origem ao presente Auto de Infração, as quais foram realizadas com dois estabelecimentos da empresa Praiamar Ind. Com. e Distribuição Ltda, como consta do Relatório Fiscal, especificamente às fls. 10/11.

Não obstante, opta-se por analisar o argumento apresentado posto que, em abstrato, pode ele ser validamente utilizado para quaisquer das empresas interdependentes com as quais a Autuada realizou suas operações.

Observe-se a legislação citada pela Impugnante:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

(...)

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Ao contrário do alegado, em nenhum momento o Fisco Mineiro reconheceu expressamente a fornecedora Leyroz de Caxias (ou qualquer outra fornecedora interdependente) como substituta da Autuada, não havendo que se falar em exclusão da imposição de penalidades, como pretende a Impugnante.

O universo de situações e de Contribuintes passíveis de serem objeto de ações fiscais encontra-se muito acima da capacidade física do Estado de a todos conferir. Assim, o fato de que o Fisco ainda não havia identificado a irregularidade nas operações da Autuada é absolutamente distinto de um comportamento de concordância com a situação posta, e que, em momento algum, pode ser tido como uma “prática reiterada da autoridade administrativa”, mormente porque não se aceita, no ordenamento jurídico-tributário brasileiro, prática reiterada *contra legem*.

Inclusive, o art. 146, inciso III, alínea “a”, da CF/88 determina que cuidar das regras relativas a contribuintes (sujeitos passivos) da obrigação tributária é atribuição reservada à lei complementar.

Assim, se cabe à lei definir os critérios para se identificar o sujeito passivo por substituição tributária em uma determinada situação, não há que se falar em práticas reiteradas que modifiquem essa definição.

Entender-se de forma diferente conduziria ao absurdo de se conferir à transgressão da lei o poder de modificar-lhe os efeitos, como se alteração legislativa por via transversa fosse, hipótese absolutamente incompatível com a teleologia das normas jurídicas, especialmente das de caráter tributário, inseparavelmente vinculadas ao princípio da legalidade.

Assim, sem razão o argumento apresentado.

Noutro giro, alega a Impugnante que as multas de revalidação aplicadas (de 50% para o ICMS/OP e de 100% para o ICMS/ST) seriam irrazoáveis e desproporcionais, apresentando caráter de confisco, em desrespeito ao princípio da capacidade contributiva.

As Multas de Revalidação exigidas referem-se a descumprimento de obrigação principal, seja ICMS/OP ou ICMS/ST, decorrendo do não recolhimento do imposto devido no todo ou em parte, conforme previsto no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

Na lição de Ricardo Lobo Torres (*in* Curso de Direito Financeiro e Tributário, 6ª ed., p. 277-278):

"As penalidades pecuniárias e as multas fiscais não se confundem juridicamente com o tributo. A penalidade pecuniária, embora prestação compulsória, tem a finalidade de garantir a inteireza da ordem jurídica tributária contra a prática de ilícitos, sendo destituída de qualquer intenção de contribuir para as despesas do Estado. O tributo, ao contrário, é o ingresso que se define primordialmente como destinado a atender às despesas essenciais do Estado, cobrado com fundamento nos princípios da capacidade contributiva e do custo/benefício."

O Professor Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 2002, p. 417), ao discorrer sobre ilicitude e sanção tributária, destaca que:

"ilícito administrativo tributário é o comportamento que implica inobservância de norma tributária. Implica inadimplemento de obrigação tributária, seja principal ou acessória".

"Sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a este cominada".

Como se não bastasse, colhe-se outras lições doutrinárias pertinentes ao tema:

"Não resta dúvida de que as sanções tributárias não podem ser insignificantes, de modo que percam seu aspecto repressivo ou preventivo de coibição de ilícito. (...)." (DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas ao livro Direito tributário brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 863).

"As penalidades são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias" (CALMON, Sacha, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696).

O desembargador Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação:

EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A multa de revalidação aplicada, com previsão legal expressa na Lei Estadual nº 6.763/75, decorre unicamente da ausência de recolhimento tempestivo do tributo, constituindo instrumento que a lei coloca à disposição do Fisco, quando o contribuinte é compelido a pagar o tributo, porque não o fizera voluntariamente, a tempo e modo. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO)

Desta forma, a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória, ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

Resta claro que não configura qualquer ilegalidade a cobrança de multa de revalidação, nos moldes e nos valores previstos, já que possui ela caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não tendo, em absoluto, caráter de confisco, tratando-se apenas de uma penalidade pelo não pagamento do tributo devido, de modo a coibir a inadimplência.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A multa de revalidação tem previsão legal e não se sujeita à vedação constitucional de instituição de tributo com natureza de confisco, dado o seu caráter de penalidade, com função repressiva, pelo não pagamento do tributo no momento devido, e preventiva, para desestimular o comportamento do contribuinte de não pagar espontaneamente o tributo. 2- A taxa SELIC pode ser utilizada como índice de atualização dos créditos e débitos tributários do Estado de Minas Gerais, pagos com atraso, eis que permitida pela Lei Estadual nº 63/1975, com a redação alterada pela Lei Estadual nº 10.562/1991, que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais, devendo incidir a partir de 1º/01/1996, em razão do advento da Lei Federal nº 9.250/1995.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou caráter confiscatório na exigência das multas em questão.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades, na exata medida prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao Órgão Julgador Administrativo negar aplicação de dispositivo legal vigente, nos termos do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75, já transcrito.

Por fim, apesar de não ter havido impugnação específica desse ponto, saliente-se que foi exigida a Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, em razão de falta de consignação da base de cálculo do ICMS/ST incidente na operação:

Art. 55. (...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Correta, portanto, a penalidade exigida.

Apesar do pedido expresso da Impugnante nesse sentido, não é o caso de se aplicar o novo limitador da Penalidade Isolada a 2 (duas) vezes o imposto incidente na operação, previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, com redação dada pelo art. 56 da Lei nº 22.549/17:

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:

(...)

§ 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;

(Destacou-se)

Ao contrário do que entendeu a Impugnante, a limitação da penalidade isolada não tem por critério de apuração o imposto **exigido** na operação pelo Fisco, mas sim ao **imposto incidente** na operação, entendido este como o total de débitos relativos ao ICMS/OP, ICMS/ST e FEM, sem considerar a compensação posterior de recolhimentos indevidos realizados nas operações antecedentes, voluntariamente aceita pelo Fisco no cálculo do crédito tributário.

No caso dos autos, a soma das três rubricas de incidência tributária (colunas “FEM SAÍDA” e “ICMS-ST SAIDA” da Tabela 5, de fls. 26 e, ainda, a coluna “ICMS NORMAL/OPERAÇÃO PRÓPRIA” da Tabela 6, de fls. 27) perfaz um total de R\$ 22.017.621,11 (vinte e dois milhões, dezessete mil, seiscentos e vinte um reais e onze centavos), ao passo que a multa isolada exigida (coluna “MULTA ISOLADA A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PAGAR (20%)”, de fls. 27) é de R\$ 24.533.719,30 (vinte e quatro milhões, quinhentos e trinta e três mil, setecentos e dezenove reais e trinta centavos), valor que não ultrapassa a limitação em comento.

Pelo exposto, sem razão a Impugnante em seu pleito.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 01 de março de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator

P