

Acórdão: 23.317/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000931384-13
Impugnação: 40.010145201-17
Impugnante: DPC Distribuidor Atacadista S/A
IE: 134838431.00-43
Proc. S. Passivo: Jonas Eduardo Panza de Oliveira/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. Constatada a venda de mercadorias a destinatários não contribuintes do ICMS, mediante utilização da alíquota interestadual. Inobservância do disposto no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição da República c/c art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, em ambos os casos, na redação vigente à época dos fatos geradores (até 31/12/15). Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências fiscais remanescentes de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - INTERNA - COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL. Constatada a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em outra Unidade da Federação, nas remessas para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências fiscais remanescentes de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente autuação versa sobre as seguintes acusações fiscais:

1 – utilização da alíquota interestadual em operações destinadas a não contribuintes do ICMS, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

Em face desta imputação fiscal, exige-se a diferença de ICMS e Multa de Revalidação cominada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

2 – falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de janeiro a outubro de 2013.

Em virtude de tal acusação, exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, capitulada no art. 56, § 2º, da Lei nº 6.763/75.

Instruem o Auto de Infração, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000024154-51 (fl. 02);
- Anexo 1: Relatório Circunstanciado do Auto de Infração (fls. 10/17);
- Anexo 2: Totalizadores mensais das diferenças apuradas (fls. 18/21);
- Anexo 3: Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 22/23);
- Anexo 4: Cópia do Regime Especial nº 16.000198093-91, válido de 01/01/13 a 28/02/13 (fls. 24/33);
- Anexo 5: Cópia do Regime Especial nº 16.000198093-91, válido de 01/03/13 a 30/04/13 (fls. 34/43);
- Anexo 5: Cópia do Regime Especial nº 16.000198093-91, válido de 01/05/13 a 31/10/13 (fls. 44/54);
- Mídia eletrônica (CD) contendo todos os anexos ao Auto de Infração, inclusive planilhas de apuração e detalhamento do crédito tributário (fls. 55/57).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por meio de seu representante legal, Impugnação às fls. 63/101, a qual se faz acompanhar dos documentos de fls. 102/186.

Em sua peça de defesa, a Impugnante pleiteia, de início, a nulidade do feito fiscal, argumentando, para tanto, que estaria configurado o cerceamento do seu direito de defesa na medida em que, no seu entender, a Fiscalização não teria evidenciado, tanto no Auto de Infração quanto nos documentos que o instruem, quais foram as irregularidades imputadas à Autuada.

Demais disso, a Impugnante assevera também que a Autoridade lançadora considerou códigos NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) distintos daqueles que constam dos documentos fiscais por ela emitidos, sem que tenham sido apresentadas as justificativas para tal procedimento.

Em complemento aos argumentos anteriores, pondera que a nulidade do lançamento resultaria caracterizada também em face da falta de motivação do ato administrativo, vício este que reputa presente no caso em apreço.

Ainda a propósito deste aspecto, aduz que as peças acessórias (ou anexas) ao Auto de Infração, a despeito da grande extensão e complexidade das planilhas, mostram-se imprestáveis para fins de esclarecimento das dúvidas suscitadas acerca da autuação lavrada, daí porque conclui no sentido de que, a seu ver, restaram efetivamente violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Concluindo suas considerações preliminares, a Impugnante ressalta ainda que a reclassificação dos produtos, levada a efeito pela Fiscalização estadual, configuraria usurpação de competência legalmente deferida à Receita Federal do Brasil, o que, no seu entendimento, também motiva a nulidade do lançamento.

No que pertine ao mérito da autuação, argui-se a existência de impropriedades no Auto de Infração, eis que teriam sido considerados como destinatários “não contribuintes do ICMS” empresários enquadrados como

“Microempreendedor Individual – (MEI)”, os quais, segundo esclarece a Impugnante, estariam desobrigados de se inscreverem no cadastro de contribuintes das unidades da federação onde se encontram sediados.

Na sequência, argumenta também que teriam sido indevidamente exigidos imposto e multas relativamente a operações envolvendo a remessa de produtos caracterizados como “brindes”, sendo que irregularidades envolvendo tais operações já foram objeto de uma denúncia espontânea apresentada pela Impugnante junto à AF/Caratinga, em 31/08/17.

Isto posto, após discorrer acerca da questão da formação da base de cálculo, manifesta seu entendimento acerca da ilegalidade da tributação exigida em relação a mercadorias dadas em bonificação, bem assim em relação aos descontos incondicionais concedidos, a cujo respeito colaciona diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que entende assentes com o seu posicionamento.

Por fim, após insurgir-se contra as penalidades que lhe foram imputadas no Auto de Infração, as quais reputa desproporcionais e violadoras do princípio da razoabilidade, pede o cancelamento do feito fiscal.

Da Reformulação do Crédito Tributário e da Manifestação Fiscal

Ante as razões aduzidas em sede de Impugnação e dado o seu acatamento parcial, a Fiscalização procede à reformulação do crédito tributário (fls. 189/193).

Neste sentido, relativamente à primeira acusação fiscal (utilização incorreta da alíquota interestadual) foram excluídas as exigências fiscais referentes aos destinatários que desempenham atividades típicas de contribuintes do ICMS.

No tocante aos códigos NCM e margens de valor adicionado (MVA) utilizados no lançamento, foram corrigidos parte dos itens indicados pela Impugnante às fls. 102/103 dos autos, remanescendo inalterados, por outro lado, os produtos listados e justificados pela Fiscalização à fl. 193.

Devidamente intimada da alteração efetuada no lançamento, a Autuada não se pronunciou.

A Fiscalização, por sua vez, comparece aos autos e, em manifestação de fls. 203/207, refuta as demais alegações da Impugnante.

Nesta perspectiva, com relação às prefaciais arguidas, destaca que as diferenças no tocante ao recolhimento do ICMS/ST foram apuradas item a item e comparadas com o cálculo efetuado pela Autuada, sendo também apontado o motivo de cada uma das citadas diferenças, consoante demonstrado na “Planilha 03 – DIFERENÇA ST JAN A OUT 2013”.

Com relação à alegação de que teriam sido indevidamente desconsiderados os códigos NCM constantes dos documentos fiscais autuados, a Autoridade lançadora reitera que os argumentos aduzidos pela Impugnante foram em parte acatados quando da reformulação do lançamento, reapresentando, quanto aos códigos mantidos, as justificativas para tal procedimento à fl. 206 dos autos.

Quanto à questão da utilização indevida da alíquota interestadual, a Fiscalização reafirma que promoveu a exclusão das exigências pertinentes aos destinatários que se enquadram como contribuintes do ICMS, em função das atividades por eles desenvolvidas, permanecendo autuados tão somente aqueles cujas atividades são estranhas à materialidade do ICMS, conforme cadastro da Receita Federal (telas juntadas na mídia eletrônica de fl. 197).

No que pertine à alegação de que fora apresentada, pela Impugnante, denúncia espontânea junto à AF/Caratinga, a Fiscalização ressalta que não foram apresentadas as planilhas integrantes da mencionada autodenúncia, o que teria impossibilitado o confronto dos valores e produtos denunciados com aqueles constantes do presente lançamento.

Ao final, após refutar as alegações de ilegalidade/inconstitucionalidade, bem assim de falta de proporcionalidade das multas cominadas, requer a manutenção do lançamento.

Da Instrução Processual

O presente processo veio à apreciação desta E. 1ª Câmara de Julgamento quando, na sessão realizada em 30 de agosto de 2018, deliberou-se, em preliminar, à unanimidade, “em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 10 (dez) dias, contado do recebimento da intimação, traga aos autos o detalhamento das operações objeto do Termo de Autodenúncia protocolizado junto à AF/Caratinga em 31/08/17 (Protocolo nº 00053030-1191-2017 e 0034151-1190-2017-1), com identificação das respectivas notas fiscais e do valor recolhido relativamente a cada uma delas. Em seguida, vista à Fiscalização”.

Atendendo à medida determinada pela 1ª Câmara, a Impugnante junta aos autos a mídia eletrônica de fl. 216.

Ante a documentação apresentada, a Fiscalização procede a nova alteração do crédito tributário (conforme fls. 223/226), de sorte a excluir as exigências relativas a outros produtos, indicados à fl. 222 dos autos, haja vista o conteúdo da denúncia espontânea de nº 05.000282331-32.

Na oportunidade, foi esclarecido também que a denúncia espontânea protocolizada sob o nº 05.000282336-21 diz respeito a produtos não incluídos no presente Auto de Infração.

A Fiscalização junta também aos autos os documentos de fls. 227/232 e nova mídia digital (CD) de fl. 233.

Isto posto, a Impugnante foi intimada da reformulação do crédito tributário, sendo-lhe deferido o prazo de 10 (dez) dias para aditamento da impugnação ou pagamento ou parcelamento com as reduções legais, prazo este que foi, em atendimento a pedido formulado pela Autuada, posteriormente prorrogado para 30 (trinta) dias (conforme fl. 243 dos autos).

Neste contexto, a Impugnante volta a se pronunciar e destaca que a manutenção das exigências fiscais relativas a parte dos produtos originalmente autuados contrasta com o procedimento adotado pela própria Fiscalização no âmbito do

PTA nº 01.001004986-37, em que teriam sido excluídos os produtos “soluções à base de acetona”, “dilatadores nasais *Clearpassage*”, “espátula CR *Santa Clara*”, “papel depilatório *Santa Clara*”, “protetor auditivo *Nexcare*” e “protetores de bacia manicure/pedicure”.

Demais disso, pondera que existem também no Auto de Infração produtos cuja diferença monta a valores ínfimos, decorrentes de arredondamentos efetuados.

Por fim, reitera que o Auto de Infração não contém os devidos esclarecimentos acerca das exigências nela imputadas, razão pela qual requer a improcedência do lançamento.

A Fiscalização, por sua vez, volta a se manifestar nos autos, reitera sua argumentação anterior, esclarece que a exclusão das soluções à base de acetona no PTA mencionado pela Impugnante deveu-se a equívoco cometido naquele lançamento, conforme se depreende das especificações dos fabricantes, bem como das consultas emanadas da Receita Federal do Brasil, ambas colacionadas às fls. 260/261 dos autos.

Isto posto, pede a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Especificamente no que toca à alegação de que o Auto de Infração e os documentos que o instruem não seriam suficientemente claros no sentido de apontar as irregularidades imputadas à Autuada e que não estariam devidamente motivadas tais imputações, cabe salientar que a Planilha nº 03, intitulada “DIFERENÇA ST JAN A OUT 2013” (constante do CD de fl. 57), contém todo o detalhamento da infração apurada, bem como dos motivos que justificam cada uma das exigências fiscais.

Com efeito, trata-se de planilha composta por 37 (trinta e sete) colunas, contendo informações detalhadas acerca da sistemática de apuração das diferenças autuadas, notadamente no âmbito das colunas “P” a “AK”, onde resultam demonstrados todos os elementos necessários e suficientes à demonstração do procedimento fiscal adotado.

Quanto à alegação de que a reclassificação dos produtos, levada a efeito pela Fiscalização estadual, configuraria usurpação de competência legalmente deferida

à Receita Federal do Brasil, também arguida em sede preliminar, é de se destacar que tal aspecto foi objeto de reformulação do lançamento, remanescendo apenas algumas situações específicas, cuja justificativa foi devidamente apresentada pela Autoridade lançadora no quadro apresentado à fl. 206 dos autos, inclusive com base em consultas exaradas pela Receita Federal do Brasil.

Destarte, indubitável que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Consoante relatado, a presente autuação versa sobre as seguintes acusações fiscais:

1 – utilização da alíquota interestadual em operações destinadas a não contribuintes do ICMS, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

Em face desta imputação fiscal, exige-se a diferença de ICMS e Multa de Revalidação cominada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75;

2 – falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de janeiro a outubro de 2013.

Em virtude de tal acusação, exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, capitulada no art. 56, § 2º, da Lei nº 6.763/75.

No tocante à utilização indevida da alíquota interestadual, em atenção às ponderações efetuadas no âmbito da peça de defesa, a Fiscalização reavaliou o lançamento efetuado e excluiu uma série de operações que, após a reavaliação efetuada, se comprovou terem por destinatários contribuintes do ICMS.

Por outro lado, relativamente às operações cujas exigências fiscais remanesceram, a Fiscalização cuidou de juntar aos autos, em meio magnético, a comprovação (tela do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica) de que efetivamente se trata de destinatários **não** contribuintes do imposto (salões de beleza, clínicas, etc), de modo a demonstrar o descabimento da utilização, nestes casos, da alíquota interestadual.

Neste particular, impõe-se a análise da legislação aplicável, notadamente a Constituição da República, em seu art. 155, § 2º, inciso VII, na redação vigente à época dos fatos geradores, *in verbis*:

Art. 155 (...)

§ 2º (...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; (grifou-se)

No que pertine à questão dos brindes e descontos incondicionais, as alegações da Impugnante restaram superadas após a medida determinada por esta E. Câmara de Julgamento, donde resultou nova reformulação do crédito tributário por parte da Fiscalização, em atenção à denúncia espontânea anteriormente efetuada pela Impugnante.

Em relação à afirmação de que existiriam no Auto de Infração produtos cuja diferença cinge-se a valores ínfimos, decorrentes de arredondamentos efetuados, também falece razão à Impugnante.

Com efeito, o que se constata nas planilhas que instruem o presente lançamento é que diversas operações envolvem produtos de pequeno valor, donde resultariam exigências fiscais complementares que, por óbvio, também montam a valores reduzidos, inexistindo, ao contrário do que alega a Autuada, qualquer irregularidade ou impropriedade no feito fiscal.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar 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*:

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;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização às fls. 189/193 e 223/226. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora), Marcelo Nogueira de Moraes e Alexandre Périssé de Abreu.

Sala das Sessões, 27 de junho de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator

D