

Acórdão: 23.643/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001384919-40
Impugnação: 40.010149293-41 (Coob.)
Impugnante: Global Distribuidora de Cosméticos Ltda (Coob.)
IE: 701151002.00-56
Autuado: MMG Distribuidora Atacadista de Cosméticos Ltda
IE: 003333962.00-67
Proc. S. Passivo: Enrique Fonseca Reis/Outro(s)
Origem: DFT/Pouso Alegre/ Sul

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DESTINATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. Atribuição da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST à Autuada/Distribuidora, em razão da interdependência, definida nos termos do art. 113 c/c o inciso IX do art. 115, ambos da Parte 1 do Anexo XV do mencionado regulamento.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL - EMPRESAS INTERDEPENDENTES. Constatada a falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST devido no momento das saídas das mercadorias, listadas no item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 do estabelecimento autuado. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatado que a Autuada não recolheu o ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM (adicional de dois pontos percentuais na alíquota do imposto), nos termos do art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, devidos nas operações de venda de mercadorias tendo, como destinatário, a empresa Global Distribuidora de Cosméticos Ltda., acobertadas por meio das Notas Fiscais nºs: 23 e 27, de emissão da empresa autuada, no período de 01/04/19 a 30/04/19.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versa também o lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de 01/04/19 a 30/04/19.

Exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/66, acompanhada dos documentos de fls. 67/94 com os argumentos infra elencados:

- argui a nulidade do Auto de Infração por incompetência da Delegacia Fiscal de Pouso Alegre sob o fundamento de que não há Portaria expedida pela Subsecretaria da Receita Estadual que permita a fiscalização dos Autuados;

- cita o art. 42 do Decreto Estadual nº 47.348/18, que revogou o Decreto no 45.780/11, que trata da organização da Secretaria de Estado de Fazenda e dispõe quais as atribuições das Delegacias Fiscais de Trânsito, ou seja, que compete exclusivamente às Delegacias Fiscais de Trânsito o controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços;

- registra que o objeto da auditoria fiscal não guarda qualquer relação com o controle fiscal de trânsito de mercadorias, bens e serviços, pois o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) no 10.000030482.22, o objeto da auditoria fiscal foi a verificação do cumprimento de obrigações principal e acessória, inclusive escrituração contábil, previstas na legislação tributária e societária vigente, em especial a "verificação das operações realizadas com notas fiscais de sua emissão efetuadas no período de 01/01/19 a 27/06/19";

- assevera que o objeto da autuação fiscal — verificação das operações realizadas com notas fiscais de sua emissão efetuadas no período de 01/01/2019 a 27/06/2019 — compete exclusivamente às Delegacias Fiscais, como facilmente se depreende do art. 41 do mesmo Decreto Estadual nº 47.348/18;

- acrescenta que há patente nulidade deste Auto de Infração em relação à competência da Delegacia Fiscal de Trânsito de Pouso Alegre/MG, uma vez que o município de Uberaba/MG, onde fica localizada a sede da empresa, não está abrangido pela área de atuação desta Delegacia;

- cita a Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual - SRE nº 116 de 21 de dezembro de 2012 que indica o endereço eletrônico em que consta relação de contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição de que tratam o art. 5-A;

- sustenta que não consta nesta lista o nome dos Autuados, dessa forma, é possível dizer sem qualquer margem para tergiversação que o requisito legal que permitiria que a Impugnante pudesse ser fiscalizada por outra Delegacia Fiscal em Minas Gerais que não aquela da sua circunscrição — Uberaba — não ocorreu na espécie, tendo em vista a inexistência de autorização da Subsecretaria da Receita Estadual por meio da Portaria SRE nº 116/12, portanto foi violado o parágrafo único do art. 21 do RPTA, que diz que é necessário que as decisões tomadas por delegação constem expressamente do Auto de infração, o que não ocorreu no caso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que em razão da inexistência de autorização prévia por parte da SRE que permitisse que a Delegacia Fiscal de Trânsito de Pouso Alegre fiscalizar a Autuada e a Coobrigada, a autuação fiscal é nula de pleno direito, pois essa autorização é *conditio sine qua non* para a confecção do auto de infração, nos termos dos arts. 21 c/c 89 ambos do RPTA;

- sustenta que não há qualquer comprovação fática por meio de documentos hábeis e idôneos neste PTA da configuração de existência de que a empresa Coobrigada e a Autuada seriam "empresas interdependentes";

- atribui a autoridade fiscal a intenção de enganar a Impugnante, com a dissimulação da ocorrência do fato gerador, tal situação é caracterizada, segundo sua interpretação, pela infringência de legislação genérica sem a correta especificidade do fato imputado;

- reitera essa posição do Fisco com a alegação de que, o mesmo, em tempo algum especificou qual a empresa que vendeu as mercadorias para a empresa MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos, nem mesmo anexou a consulta "SERPRO" em que fundamentou sua assertiva de que as empresa eram indedependentes;

- acrescenta que a mera menção ao PTA nº 01.001383592-01 no Relatório Fiscal em nada afasta o cerceamento de defesa, uma vez que não há qualquer outro dado que possibilite ilidir a presunção fiscal, tampouco a juntada de documentos daquele processo nesse PTA que permitisse dizer que o Fisco tem ou não razão em sua alegação;

- sustenta, que tal fato, se dá pelo motivo que a Impugnante foi notificada para apresentar defesa em relação a este PTA de nº 01.001384919-40, e não ao PTA 01.001383592-01;

- informa que consultou o site do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG a fim de verificar o nome da empresa autuada nesse PTA nº 01.001383592-01, de modo a conseguir pesquisar se ela tem alguma relação direta ou não com a empresa MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos, porém até o presente momento (12/11/19), a resposta é negativa;

- cita o art. 112 do Código Tributário Nacional, o art. 5º da Constituição da República de 1988 – CR/88, o art. 155 da Lei nº 6.763/75, o art. 92 do RPTA e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF para fundamentar a nulidade do trabalho fiscal;

- salienta que é impossível determinar o fato gerador do Auto de Infração em exame, ou seja, a existência de "empresas interdependentes", que enseja se a vedação da aplicação da substituição tributária dos produtos adquiridos, realmente existiu ou não, pois não há qualquer documento nos autos que permita afirmar isso, porém, duas questões são possíveis de serem defendidas, a saber:

(I) a realização de efetivo pagamento do imposto pela empresa desconhecida, e

(II) impossibilidade de imputação de responsabilidade tributária à Impugnante, portanto com objetivo de dar sustentação a suas proposições, argumenta que:

- a autuação fiscal se deu porque o Fisco simplesmente desconsiderou o ICMS/ST destacado e retido nas vendas de mercadorias da empresa desconhecida para a MMG Distribuidora e, ato contínuo, autuou essa última, justamente porque seria dela a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, uma vez que elas seriam empresas interdependentes, nos termos do já citado artigo 115 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, e nesses casos, aplicar-se-ia o art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02;

- o *caput* do art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 seria aplicável ao caso porque "a empresa MMG Distribuidora Atacadista de Cosméticos Ltda. não se enquadra em nenhum dos três incisos " do § 2º do retrocitado dispositivo regulamentar que seria a exceção à aplicação da substituição tributária nos casos de empresas interdependentes;

- salienta que a Fiscalização, mesmo reconhecendo que houve o destaque e retenção do ICMS/ST na venda das mercadorias da empresa desconhecida para a MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos Ltda, entendeu que, por serem empresas interdependentes, que não se enquadram nas exceções do 2º do art. 115 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, deveriam ser aplicados ao caso o *caput* e o § 1º desse mesmo artigo;

- reitera que a Fiscalização entende que o ICMS/ST, mesmo tendo ele sido destacado e retido pela empresa desconhecida que vendeu as mercadorias para a empresa autuada, quer cobrar novamente o mesmo tributo, sem possibilidade de aproveitamento de crédito, configurando flagrante enriquecimento ilícito por parte do Fisco;

- acrescenta que o direito ao crédito depende apenas da existência de operação de compra e venda mercantil sujeita a incidência do imposto, na medida em que o contribuinte ao adquirir determinado produto encontra no preço deste produto o valor integral do ICMS que lhe é cobrado na sua integralidade, bem como do ICMS/ST, surgindo para o contribuinte/adquirente da mercadoria direito ao crédito integral do imposto devido na operação de compra e venda;

- sustenta que o Auto de Infração em exame não se refere à falsidade documental, ou de qualquer outra causa que tenha ensejado recolhimento a menor ou falta de recolhimento do imposto e sim de cobrança de tributo já devidamente recolhido aos cofres estaduais frente a uma empresa que não possui qualquer relação com o fato gerador desconsiderado pelo Fisco;

- entende que a Fiscalização deixou de considerar os créditos decorrentes da operação antecedente, que, de acordo com o art. 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, devem ser abatidos do valor do ICMS/ST apurado, devendo apenas a diferença encontrada ser objeto de recolhimento aos cofres públicos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acrescenta que se o imposto já foi recolhido pela empresa desconhecida, não há diferença a ser paga pela Impugnante, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco;

- salienta que as mercadorias descritas nas notas fiscais nºs 000.000.023 e 000.000,027 emitidas pela Autuada foram devidamente quitadas por ela, e o ICMS foi declarado em DAPI, inclusive, não há qualquer relação de interdependência entre a Autuada e a Coobrigada;

- assevera que a jurisprudência hodierna é uníssona, não havendo dúvidas de que a única exigência para demonstrar a boa-fé do terceiro que adquire mercadorias é a comprovação da efetividade da operação, não podendo o adquirente ser prejudicado por eventual impedimento/vedação da forma de apuração do imposto sobre operação anterior da qual não fez parte;

- conclui, afirmando que a exigência dos tribunais é a comprovação da efetividade da operação, comprovando-se o pagamento, quer mediante cheques, depósitos em conta bancárias, registros contábeis, carimbos de barreiras, implicando, dessa forma, em inquestionável impossibilidade de atribuição de responsabilidade do terceiro de boa-fé;

- discorda da imputação de responsabilidade tributária do substituído tributário pelo ICMS/ST devido pelo atacadista (substituto tributário), conforme entendimento proferido sob o Rito dos Recursos Repetitivos (Resp 931.727/RS);

- argumenta com base na Lei Complementar (LC) nº 87/96, Doutrinas e Jurisprudência de variados Tribunais que o legislador ordinário mineiro, ao atribuir no §18, do art. 22 da Lei nº 6.763/75, referendado pelo Poder Executivo no art. 15 do Anexo XV do RICMS/02, a responsabilidade subsidiária do destinatário de mercadoria sujeita à substituição tributária, inclusive o estabelecimento varejista (como é o caso da Impugnante), nas hipóteses de não recolhimento do ICMS/ST pelo substituto tributário, extrapolou os limites de competência a ele outorgados pelo legislador constituinte, suplantando, ainda, os limites estabelecidos na lei de normas gerais;

- aponta que a norma regulamentadora do ICMS estabelece que o comprador ao receber a nota fiscal formalmente em ordem, exija da contraparte a exibição de documento comprobatório de sua inscrição na competente repartição fazendária, é essa a sua obrigação nos termos do art. 16, inciso X da Lei nº 6.763/75, nada mais lhe é exigido;

- pontua que ao tomar as devidas providências não pode ser apenado administrativamente, como ocorre nessa situação, uma vez que é impossível à Impugnante saber quem é o fornecedor do seu fornecedor;

- acrescenta que se está punindo não o descumprimento de uma conduta jurídica previamente determinada, mas ao contrário, apenando aquele que corretamente cumpriu os seus deveres jurídicos, o que data venia é um total absurdo;

- entende que a multa exigida apresenta natureza confiscatória.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 97/119, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

O Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de não observar os requisitos necessários para sua validade.

Oportuno esclarecer que o lançamento foi efetivado por autoridade fiscal competente, em observância ao art. 142 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ademais, no Relatório do Auto de Infração (fls. 02/26) consta a descrição detalhada do fato impositivo, com citação dos dispositivos legais relativos às infringências e penalidades aplicadas, bem como as planilhas e demonstrativos do crédito tributário.

Reitere-se, que o Auto de Infração contém todas as informações e elementos necessários ao esclarecimento do presente feito fiscal, que estão em conformidade com o artigo 85 e 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a seguir:

Art. 85. A exigência do crédito tributário será formalizada, exceto na hipótese do § 3º do art. 102, mediante:

I - Termo de Autodenúncia (TA), no caso de denúncia apresentada pelo sujeito passivo;

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

III - Notificação de Lançamento (NL), no caso de IPVA e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória.”

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

A Autuada foi devidamente intimada do lançamento, com recebimento de toda documentação que compõe o Auto de Infração, sendo-lhe concedido o direito de defesa, observado os princípios do contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal da República de 1988 e no art. 136 do Código Tributário Nacional, tanto que apresentou impugnação dentro do prazo legal. Assim, foram observados todos os requisitos necessários para a validade do feito fiscal.

Induvidoso que o Autuado 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.

Não é o fato de o Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ele comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos ao Autuado todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O Impugnante argui incompetência da Repartição Fazendária de Pouso Alegre para fiscalizar contribuintes estabelecidos em Uberaba.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia razão não lhe assiste, como adiante se verá.

Verifica-se o procedimento fiscal encontra-se devidamente amparado no art. 22, inciso III c/c o parágrafo único do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, que contempla a hipótese do contribuinte estar sujeito à outra unidade fazendária, a critério da Subsecretaria da Receita Estadual – SRE, confira-se:

RPTA

Art. 22. Para fins deste Decreto:

(...)

III- a circunscrição da repartição fazendária é a definida pelo Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011.

Parágrafo único. A Subsecretaria da Receita Estadual, mediante portaria, sem prejuízo da circunscrição de que trata o inciso III, poderá estabelecer que o sujeito passivo fique, também, sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária. (Grifou-se).

E, ainda, verificou-se que os Auditores Fiscais, receberam Ordem de Serviço OS nº 0819000096711 para desenvolver a atividade prevista nas “Diretrizes de Programação Fiscal -2019”, ou seja, - 04.01.01 - Levantamento Quantitativo, atividade que em seus objetivos previa a constituição e formalização do crédito tributário, além do mais a SEF/MG atribuiu a DFT/Pouso Alegre a competência específica para acompanhar e fiscalizar o Sujeito Passivo – Principal do Auto de Infração - MMG Distribuidora Atacadista de Cosméticos Ltda.

Em relação a competência da DFT/Pouso Alegre em realizar as atividades de auditoria, foi amplamente argumentado e comprovado essa atribuição através da legislação vigente a época do fato gerador, jurisprudência desse Egrégio Conselho de Contribuinte, delegação de competência aos Auditores Fiscais através do CTN e da Lei nº 5.464/05, além de deliberações administrativas da SEF/MG.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, devidos nas operações de venda de mercadorias tendo, como destinatário, a empresa Global Distribuidora de Cosméticos Ltda., acobertadas por meio das Notas Fiscais nºs: 23 e 27, de emissão da empresa autuada, no período de 01/04/19 a 30/04/19.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versa também o lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de 01/04/19 a 30/04/19.

Exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O direito de crédito garantido pelo princípio da não-cumulatividade previsto na CR/88, na LC nº 87/96 e na legislação tributária mineira não se confunde com as providencias formais exigidas para o seu exercício, que depende de normas instrumentais de apuração.

Reitera-se por oportuno, que tal direito é condicionado à idoneidade da documentação e à escrituração nos prazos e requisitos estabelecidos na legislação. No caso, não foram anexados, aos autos, documentos que pudessem comprovar o recolhimento do imposto pelos remetentes das mercadorias, o que legitimaria o creditamento pretendido pela Impugnante, e nem instrumento contábil que pudesse comprovar tal recolhimento.

Ao argumentar a respeito do fato gerador que constituiu o crédito tributário, a Impugnante não discute a ocorrência deste, seus questionamentos são a respeito das causas anteriores, não se atem em discutir o mérito da autuação.

O ato que originou a lavratura do Auto de Infração não foi a entrada de mercadoria sem recolhimento do ICMS/ST na MMG Distribuidora – Sujeito Passivo Principal, esse fato foi arguido e imputado no A.I. nº 01.001383592-01, e nem outros fatos, como a falta de destaque da operação própria na operação de venda da remetente – Sujeito Passivo Principal para destinatária - Coobrigada são debatidos nestes autos, somente os fatos em que a Coobrigada é responsabilizada pela Legislação Tributária.

O Fato Gerador da ocorrência está claramente caracterizado e evidenciado no Relatório Fiscal às fls.02 em que descreve com clareza o fato imputado, ou seja, a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST e do adicional de alíquota correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), devidos nas operações de venda de mercadorias tendo como destinatário a empresa Global Distribuidora de Cosméticos Lata, acobertadas por meio das Notas Fiscais nºs 23 e 27, de emissão da empresa MMG Distribuidora Atacadista de Cosméticos Ltda.

O Crédito Tributário está demonstrado à fls. 04 e detalhado no item 5 do Anexo “1” às fls. 19/22, as provas materiais estão anexas ao auto às fls. 23/24, a Base Legal/Infringências estão elencadas às fls.03/04, e detalhadas, com o objetivo de facilitar o entendimento dos sujeitos passivos, no Anexo 1. Portanto, o Fisco verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e aplicou a penalidade cabível, obedecendo o prescrito no art.142 do CTN e no art. 89 da RPTA.

A argumentação da Impugnante de que Fisco não especificou o inciso do art. 115 do Anexo XV do RICMS/02 não pode prosperar, pois apesar da interdependência entre as empresas não ser o cerne do fato gerador arguido neste Auto

de Infração, mas a origem, os dispositivos infringidos estão elencados à fl. 03 e transcritos no ANEXO “1” às fls. 11.

A Impugnante afirma não existir comprovação fática por meio de documentos hábeis e idôneos da interdependência entre as empresas da operação que deu entrada na MMG Distribuidora – Sujeito Passivo Principal, mas ao mesmo tempo descreve com detalhes a operação e todos seus fatos pertinentes às fls. 36/ 37, portanto claramente observa-se que a Coobrigada entendeu a origem do fato gerador da falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST e do adicional de alíquota FEM.

O Fisco não cita o nome da empresa remetente da mercadoria para MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos Ltda, pois este dado não é relevante para a caracterização do fato gerador pertinente a este Auto de Infração. Tal situação decorre de sua limitação legal e em razão do sigilo fiscal e do que prescreve o art. 198 do CTN que veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, pois a Impugnante – Coobrigada não é participante legal do Auto de Infração nº 01.001383592-01.

As afirmações da Impugnante a respeito de que a Lei nº 6.763/75 extrapolou os limites de competência a ele outorgados pelo legislador constituinte, suplantando, ainda, os limites estabelecidos na lei de normas gerais, verifica-se que o Fisco tem de atender ao princípio da supremacia constitucional que tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade das leis.

A argumentação de que o Fisco está cobrando tributo duas vezes, demonstra que a Impugnante não atendeu no AIAF às fls.26, pois foi solicitado que os Autuados apresentassem os comprovantes de recolhimento das operações, o que não foi atendido.

A afirmação da Impugnante de que o Fisco reconheceu que houve destaque do ICMS/ST na venda das mercadorias da empresa desconhecida para MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos Ltda, é uma inverdade, pois o que o Fisco assegura, de fato, é que o remetente: “indevidamente, consignou a base de cálculo do ICMS/ST e reteve o ICMS/ST, conforme razões expostas no Relatório de Autuação Fiscal (Anexo 1)”, em nenhum momento o Fisco considerou que houve a retenção ou mesmo o recolhimento do ICMS/ST ou do FEM, caso houvesse sido recolhido, os valores seriam indevidos e o remetente teria direito ao ressarcimento.

É importante destacar que não foram anexados aos autos quaisquer comprovantes do recolhimento do imposto pago pelos remetentes das mercadorias, o que legitimaria o creditamento pretendido, nem mesmo, qualquer instrumento contábil que pudesse comprovar seu recolhimento, conforme foi intimado por meio do AIAF às fls. 26.

Para demonstrar sua boa-fé a Impugnante anexa DAPI, para comprovar que as notas fiscais nº 000.000.023 e 000.000.027 emitidas pela MMG Distribuidora Atacadista Cosméticos Ltda, notas objeto deste Auto de Infração, foram devidamente quitadas pela Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal afirmação demonstra que Impugnante não age de boa-fé, pois verifica-se nos documentos às fls. 86/91, que a DAPI apresentada é do mês de outubro de 2019, e as notas são do mês de abril de 2019. Ainda que fosse de período próximo das notas fiscais, não atestaria a quitação das notas pertinentes a operação, pois não é o documento adequado para comprovar esses pagamentos.

A Impugnante não apresenta comprovante do pagamento da operação, canhoto de recebimento, ou qualquer outro documento que atesta o efetivo pagamento dos valores alegados, e mesmo ao consultar sua escrita fiscal por meio dos arquivos transmitidos do SPED para a SEF/MG, não se encontrou registro de nenhuma das notas fiscais e, logo, não há como confirmar se houve pagamento das mercadorias, portanto a afirmação não tem comprovação fática. Pode-se inferir, assim, que não houve boa-fé da Impugnante, mas que o objetivo foi simular o pagamento com a finalidade de ludibriar o Fisco.

A responsabilidade do destinatário da mercadoria submetida ao regime de substituição tributária é prevista no art. 15 do Anexo XV, do RICMS/02, que dispõe que, quando o alienante ou remetente, sujeito passivo por substituição, não realizar a retenção ou realizá-la a menor, o destinatário passa a ser o responsável pelo imposto devido ao estado, a título de substituição tributária. Portanto, não há se falar em ilegalidade na atribuição de responsabilidade à Impugnante e, menos ainda, de anulação do Auto de Infração, examine-se:

Anexo XV – RICMS/02

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto. (Grifou-se).

§ 1º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica quando o destinatário adquirir mercadoria de estabelecimento alienante ou remetente mineiro, detentor de regime especial de tributação de atribuição da responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, e não tiver acesso às informações necessárias à conferência do preço de partida da mercadoria para a formação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Ressalta-se que, além do ICMS/ST não recolhido pela Autuada, exigiu-se a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, item I, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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 tributária;

(...)

Vale destacar que as normas sancionatórias que se extrai da interpretação conjunta do *caput* e do inciso I, ambos do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, estabelecem a aplicação da penalidade “em dobro” ao alienante/remetente, contribuinte substituto tributário, por deixar de pagar o imposto devido por substituição tributária, tendo ou não efetuado a retenção cabível.

Nota-se que a norma contida no inciso I, do § 2º, do art. 56 estabelece penalidade aplicável na situação em que haja previsão de responsabilidade por substituição tributária cabível ao alienante/remetente, em relação às operações subsequentes. Ou seja, tal norma situa-se no universo da chamada substituição tributária “progressiva” ou “para frente”.

No caso dos autos, o recolhimento do ICMS/ST realizado pela Impugnante a menor no mesmo período alcançado pela ação fiscal não teria eficácia para operar a quitação do débito e, via de consequência, a extinção da obrigação tributária.

Com efeito, como ficou demonstrado pelas razões de fato e de direito articuladas nos autos, a Impugnante deixou de reter e recolher o ICMS/ST devido.

Assim, correta a exigência da parcela do ICMS/ST não recolhida pela Autuada e da Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST exigido, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º do mesmo artigo, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Por fim, conforme art. 12-A da Lei nº 6.763/75 e art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15, é devido o adicional de alíquotas de 2% (dois por cento), relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), fato que sequer fora objeto de impugnação da Contribuinte, restando incontroverso o tema.

Veja-se a legislação de regência da matéria:

Lei nº 6.763/75

Art. 12-A. Fica estabelecido, para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com vigência até 31 de dezembro de 2019, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota prevista para a operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, com as mercadorias abaixo relacionadas, inclusive quando a alíquota for fixada no regulamento do imposto:

(...)

DECRETO N° 46.927/15

Art. 2º A alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto n° 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais na operação interna que tenha como destinatário consumidor final, realizada até 31 de dezembro de 2022, com as seguintes mercadorias:

(...)

Art. 3º O disposto no art. 2º:

I - aplica-se, também:

a) 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;

Assim, em relação às penalidades exigidas no presente processo, confirmada a correção da cobrança do imposto, mantém-se a respectiva Multa de Revalidação e Revalidação em dobro, previstas no art. 56, inciso II e art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, todos da Lei n° 6.763/75, que assim dispõem:

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:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que em relação ao FEM, a Fiscalização informa que todas as operações identificadas sem o recolhimento devido estão sujeitas à ST, portanto, aplicou-se a Multa de Revalidação em dobro.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense 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-PROBATORIO 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, CONCLUIU QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM 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.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo os Autuados apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, pelo voto de qualidade, nos termos do parágrafo único do art. 141 do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RPTA, em indeferir requerimento de juntada de documentos, os quais ficam à disposição do interessado, nos termos da Deliberação nº 03/08. Vencidas as Conselheiras Paula Prado Veiga de Pinho (Relatora) e Flávia Sales Campos Vale, que o deferiam. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Felipe Jordan Trajano Monteiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Flávia Sales Campos Vale.

Sala das Sessões, 01 de dezembro de 2020.

Paula Prado Veiga de Pinho
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

CS/D