

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.258/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170132-49
Impugnação: 40.010130264-61
Impugnante: Lestespuma Indústria e Comércio Ltda
IE: 277338378.00-92
Proc. S. Passivo: Rômulo Damasceno Naves/Outro (s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO ICMS/ST – COLCHÕES. Constatadas vendas de mercadorias (colchões), sujeitas à substituição tributária a contribuintes do imposto no território mineiro, sem retenção e recolhimento do ICMS/ST devido. Procedimento fiscal respaldado no art. 12 do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária incidente sobre saídas de mercadorias (colchões) destinadas a contribuintes do imposto, no território mineiro, no período de 01/01/06 a 31/12/10.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

A segunda infração apontada no Auto de Infração relativa à aplicação incorreta de alíquota foi reconhecida e parcelada pela Autuada (fls. 72/73), tendo sido lavrado outro Auto de Infração apenas para fins de parcelamento (fls. 76/77).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 84/91, acompanhada dos documentos de fls. 92/100, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 103/106.

DECISÃO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária incidente sobre saídas de mercadorias (colchões) destinadas a contribuintes do imposto, no território mineiro, no período de 01/01/06 a 31/12/10.

A Fiscalização, utilizando-se dos arquivos SINTEGRA do Contribuinte levantou as vendas realizadas cujos destinatários eram pessoas físicas em Minas Gerais com inscrição isento e sem destaque e recolhimento de ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise dessas informações constatou que alguns dos destinatários tinham comprado quantidades elevadas, o que caracterizaria que as mesmas teriam sido adquiridas com intuito comercial.

A Autuada alega em sua defesa que a autuação teria se baseado apenas em uma presunção e que não estaria comprovada a infração apontada nos autos.

Entretanto, razão não lhe assiste nesse caso.

De início, cumpre destacar a previsão da legislação quanto à sistemática de substituição tributária relativamente à mercadoria “colchão”.

RICMS/02 - ANEXO XV

Art. 12 - O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

(...)

Parte 2

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária Interno

Subitem Código NBM/SH Descrição 21.2 9404.2 - Colchões

A Fiscalização, ao analisar as informações fornecidas pela própria Autuada verificou que ocorreram vendas elevadas de colchões para pessoas físicas, como por exemplo: 99 (noventa e nove) mercadorias (colchões) para um só destinatário (fls. 25); 131 (cento e trinta e um) para outro (fls. 27); 6.089 (seis mil e oitenta e nove) para um terceiro (fls. 28); 188 (cento e oitenta e oito) para um quarto (fls. 35) o que, se não demonstra de forma definitiva, permite que se presuma que o destinatário adquiriu aquelas mercadorias com claro intuito comercial.

Nesse sentido, dispõe o art. 4º da LC nº 87/96 e o art. 14, § 1º da Lei nº 6763/75 que se considera quem realiza operações de circulação de mercadoria com habitualidade e em volume que caracteriza intuito comercial como contribuinte:

Lei Complementar 87/96

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Lei 6763/75

Art. 14 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º - A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

Não há dúvida que se trata de uma presunção *iuris tantum*, ou seja, que admitiria prova em contrário.

Entretanto, a Autuada, em sua impugnação, limitou-se a atacar a possibilidade do lançamento ser efetuado com base na presunção, sem contudo, trazer qualquer elemento que a pudesse afastar.

No que se refere à multa isolada aplicada, correta sua exigência no presente caso:

Art. 55 - (omissis)

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada. (Efeitos a partir de 1º/11/2003) (grifou-se)

No caso em questão, a base de cálculo não foi corretamente consignada na nota fiscal, uma vez que o ICMS/ST não foi ali destacado. Por conseguinte, os fatos subsumem-se à norma legal.

Desse modo, mostram-se corretas as exigências, devendo ser julgado procedente o presente lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgava parcialmente procedente para excluir a multa isolada por inaplicável à espécie. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 26 de outubro de 2011.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Revisora

André Barros de Moura
Relator

EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.258/11/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000170132-49	
Impugnação:	40.010130264-61	
Impugnante:	Lestespuma Indústria e Comércio Ltda	
	IE: 277338378.00-92	
Proc. S. Passivo:	Rômulo Damasceno Naves/Outro(s)	
Origem:	DF/Governador Valadares	

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária incidente sobre saídas de mercadorias (colchões) destinadas a contribuintes do imposto, no território mineiro, no período de 01/01/06 a 31/12/10.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

No entanto, a penalidade isolada exigida não deve prosperar.

Necessária se faz a análise pormenorizada do tipo descrito no citado inciso VII do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, para verificação da perfeita aplicação da penalidade prevista em face da imputação fiscal ora em exame.

Nesta linha, verifica-se os exatos termos do citado dispositivo legal:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se refere os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são os seguintes:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada; (grifou-se)

Analisando o dispositivo acima transcrito percebe-se que a conduta descrita na norma sancionatória é a consignação em documento fiscal de “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”.

Nos autos não há indícios de que a Defendente tenha deixado de destacar a base de cálculo utilizando-se de fraude, dolo ou má-fé.

Este fato torna-se importante para o deslinde da questão e para a verificação da correta aplicação da penalidade determinada no art. 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, os fatos e fundamentos que levaram a autuação dizem respeito a entendimentos e interpretações da legislação tributária.

Ao analisar a questão do erro no Direito Penal, o eminente jurista Hugo de Brito Machado, em sua obra “Estudos de Direito Penal Tributário”, assim se manifesta:

“A doutrina do Direito Penal registra notável evolução no tratamento do erro. Antes, referia-se ao erro de fato, como capaz de elidir a responsabilidade penal, e ao erro de direito, que tinha como irrelevante para esse fim, fundada no princípio de que ninguém pode descumprir a lei alegando que a desconhece.

A doutrina moderna, porém, já não cogita de *erro de fato* e *erro de direito*, mas de *erro de tipo* e *erro de proibição*. (.....)

Assim, o erro na interpretação da lei tributária, que no entendimento do Chefe do Ministério Público Federal, acolhido em alguns julgados da Corte Maior, é capaz de excluir a configuração do crime de supressão ou redução de tributo, ganha explicação coerente, e consistente, no âmbito da doutrina dos penalistas, como *erro de tipo*. O erro, que, em princípio, não tem esse relevo é o denominado erro de proibição, consistente no errado entendimento do próprio preceito penal.”

Ademais, para aplicação das penalidades no campo tributário, por se tratar de norma sancionatória, deve-se ter em mente os mesmos ditames do direito penal e para tanto deve o tipo descrito na norma sancionatória guardar estrita consonância com a conduta tida como faltosa ou delituosa.

Não é outro o entendimento da doutrina pátria. Neste sentido, cita-se do Mestre Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias – natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis”:

“Toda legislação sobre multas deve necessariamente obedecer aos Princípios da Tipicidade e da Generalidade, conforme exposto neste trabalho.

De que tratam realmente estes princípios?

Quanto ao primeiro, o da Tipicidade, pode ser definido como sendo o delineamento completo da hipótese de incidência das multas. É o que descreve a sujeição ativa e passiva, a base econômica, a alíquota, a materialidade, o lugar, o tempo de descumprimento dos deveres instrumentais e outros aspectos relevantes.

Misabel Derzi já esclareceu que **“o modo de pensar padronizante (dito, inadequadamente, tipificante) conduz o intérprete a uma distância do caso isolado; ele só alcança o esquema do próprio caso.”**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Costuma-se entender a tipicidade de forma restritiva. Para nos, trata-se do delineamento completo da hipótese sancionatória, no caso, a multa tributária.”

No caso em tela, a norma determina como conduta a ser punida “*consignar em documento fiscal que acobertar a operação (...) base de cálculo diversa da prevista pela legislação.*”

Na hipótese ora analisada, a Impugnante não destacou corretamente o imposto devido por substituição tributária.

É de se destacar que a penalidade inculpada no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, da forma como está redigida, procura punir contribuinte que, conhecendo a base de cálculo da operação no momento de sua realização, deixa de consigná-la no documento fiscal de forma proposital visando reduzir os valores a serem recolhidos de forma indevida e questionável.

A sanção trazida no dispositivo legal acima mencionado visa coibir procedimentos tomados com o conhecimento da questão.

Assim, esta penalidade apresenta-se afeta aos casos conhecidos como de subfaturamento. Hipótese em que o contribuinte conhece exatamente o valor da base de cálculo do imposto, mas, propositalmente, consigna no documento fiscal destinado a informar ao Fisco o imposto devido, valor da operação inferior.

Por tais razões, julgo parcialmente procedente para excluir a multa isolada do art. 55, VII da Lei nº 6.763/75 por inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 26 de outubro de 2011.

**Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro**