

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.588/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000164710-57
Impugnação: 40.010130574-81 (Coob.)
Impugnante: Drogavida Comercial de Drogas Ltda. (Coob.)
IE: 435249204.04-65
Autuado: Drogaria da Praça Ltda
IE: 186178219.00-85
Proc. S. Passivo: Ricardo Conceição Souza/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – SOLIDARIEDADE. Correta a eleição dos Sujeitos Passivos da obrigação tributária em que pese as diversas terminologias adotadas de Autuado e Coobrigado. Em relação ao ICMS-ST a Coobrigada é a contribuinte substituta e a Autuada é a responsável solidária – nos termos do art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75. Com relação às multas de revalidação e isoladas, ambas respondem solidariamente por terem realizado operações entre elas sem a obrigatória emissão de notas fiscais.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST – MEDICAMENTOS/ PRODUTOS FARMACÊUTICOS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESACOBERTADA. Imputação fiscal de aquisições de produtos sujeitos à substituição tributária pela Autuada da Coobrigada paulista, sem a documentação fiscal correspondente às operações realizadas, o que resultou em falta de recolhimento do ICMS-ST relativo a tais operações. Corretas as exigências fiscais de ambos os sujeitos passivos do ICMS-ST e das multas de Revalidação e isolada prescritas na Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA — OPERAÇÃO INTERESTADUAL – MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatação de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação pelo regime da substituição tributária e sem a emissão de documentação fiscal correspondente, no estabelecimento da Autuada originárias do estabelecimento da Coobrigada localizado em outra UF. Correta a exigência de ambas, Autuada e Coobrigada, da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c o § 2º da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente acusação fiscal foi descrita nos seguintes termos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, decorrente da aquisição de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Exigências de ICMS-ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e § 2º e 55, inciso II e §2º;

2) aquisição interestadual de mercadorias, não sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e §2º da Lei n.º 6.763/75.

A Autuada impugna o lançamento às fls. 104/128. O Fisco contrapõe os argumentos da Impugnação às fls. 327/341.

Da instrução processual

Após revogação do parcelamento levado a efeito pela Autuada, o processo foi encaminhado à Advocacia Geral do Estado – AGE para a cobrança judicial. Entretanto, o processo foi devolvido para que o Conselho de Contribuintes aprecie a Impugnação apresentada pela Coobrigada, que não pode ser prejudicada pelo ato da Autuada, conforme Parecer AGE de fls. 323/324.

O crédito tributário do parcelamento encontra-se demonstrado às fls. 319/320.

DECISÃO

Cuida a presente decisão de analisar o lançamento tributário que está exigir o ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST) pela Coobrigada nas operações com a destinatária mineira – a Autuada – Drogaria da Praça da Ltda –, em face das operações realizadas entre as duas empresas terem sido desacobertas de documentação fiscal e multas pelo descumprimento das obrigações tributárias.

Registra-se, inicialmente, que o Fisco chegou a tais imputações a partir das informações extrafiscais, não levadas a registro nos livros oficiais, contidas nos arquivos eletrônicos que foram apreendidos mediante busca e apreensão judicial em cotejo com os documentos fiscais e dados da escrita fiscal das empresas remente e destinatária das mercadorias, quais sejam, Drogavida (Coobrigada) e Drogaria da Praça (Autuada).

Das Prefaciais

Argui a Impugnante a nulidade do lançamento em face de que não foi atendido o devido processo legal.

Realmente, como sustenta a Impugnante, o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Foi exatamente o que ocorreu no caso em análise.

A Fiscalização cumpriu todos os passos prescritos pelo art. 142 do CTN, especialmente, identificou o fato gerador ocorrido, apurou a base de cálculo, apurou o imposto devido aplicando-se à alíquota para a operação interna, identificou os sujeitos passivos, propôs a aplicação de penalidades de acordo com a legislação tributária mineira.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às normais processuais prescritas pelo RPTA - Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, também foram todas observadas.

Portanto, não há qualquer ilegalidade ou vício de forma no lançamento ora analisado. Não houve cerceamento ao direito de defesa que foi exercida em toda a sua plenitude com a apresentação de Impugnação que abordou de forma ampla e completa todas as vertentes possíveis em relação às acusações fiscais.

Quanto à alegação de que as provas foram obtidas por meio ilícito, trazendo, dentre outros, o argumento de que o Ministério Público Estadual defendeu interesses tributários do Estado de Minas Gerais, usurpando funções da Advocacia Geral do Estado e da autoridade fazendária a quem compete o lançamento, a matéria foi apreciada pelo TJ/MG.

Assim, o TJ/MG ao analisar a matéria abordada pela Impugnante, recentemente, em 24/01/12, assentou pela legalidade das provas obtidas no mandado de busca e apreensão nº 0024.08.152233-6, observando-se que essas provas compõem todos os processos relativamente à DROGAVIDA (mais de 400 processos). Assim, limita-se a citar a EMENTA da referida decisão, nos seguintes termos:

NÚMERAÇÃO ÚNICA: 1133874-09.2010.8.13.0024

PROCESSOS ASSOCIADOS: CLIQUE PARA PESQUISAR

RELATOR: DES.(A) EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

RELATOR DO ACÓRDÃO: DES.(A) EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

DATA DO JULGAMENTO: 24/01/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO: 03/02/2012

INTEIRO TEOR:

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL - MEDIDA CAUTELAR - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - BUSCA E APREENSÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO - LICITUDE DA PROVA - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - MULTA DE REVALIDAÇÃO - MULTA ISOLADA - LEGALIDADE DA COBRANÇA DE AMBAS - ANULATÓRIA IMPROCEDENTE - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, COM A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O Desembargador relator, em relação ao mérito da questão preliminar, concluiu:

“Portanto, tenho por lícitas e necessárias, além das investigações deflagradas pelo Ministério Público, as medidas cautelares determinadas de busca e apreensão e quebra de sigilo”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante destacar que em vários acórdãos esta preliminar foi refutada minuciosa e detalhadamente, como no Acórdão nº 19.564/12/2ª e em mais duas centenas de outros julgados em relação à Coobrigada.

Do Mérito

Trata-se a acusação fiscal de exigências de ICMS-ST devido por substituição tributária pela Coobrigada nas operações com a destinatária mineira – a Drogaria da Praça da Ltda –, em face das operações realizadas entre as duas empresas terem sido desacobertadas de documentação fiscal e multas pelo descumprimento das obrigações tributárias.

À época dos fatos geradores da obrigação tributária ora discutida, o Estado de São Paulo, onde é domicílio da Coobrigada, havia denunciado o Convênio ICMS n.º 76/94, que estabelecia a substituição tributária em relação às operações com produtos farmacêuticos.

No entanto, por força do regime especial - PTA nº 16.000012371.32, celebrado com supedâneo no art. 20, § 2º da Parte Geral (efeitos de 30 de março a 30 de novembro de 2005), e art. 2º, Parte 1 do Anexo XV (efeitos a partir de 1º de dezembro de 2005), ambos do RICMS/02, a Coobrigada/Drogavida encontrava-se obrigada ao destaque e recolhimento do imposto devido por substituição tributária – ICMS-ST, na condição de substituta tributária.

O referido regime especial que vigorou até 31 de outubro de 2008, convalidou autorizações provisórias concedidas a partir de 09 de janeiro de 2004. Observa-se que a Coobrigada é sucessora da empresa Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda.

Na análise do mérito, cumpre analisar, primeiramente, a questão da sujeição passiva discutida pela Impugnante.

Alega a Impugnante, que há evidente erro no lançamento, pois, em se tratando de regime de substituição tributária, não seria ela coobrigada, mas, sim contribuinte, visto que o recolhimento do imposto seria sua obrigação.

Aduz, ainda, que não pode ser qualificada como co-responsável com fundamento no art. 21, inc. XII da Lei nº 6763/75, o que caracteriza um erro no lançamento. Faz outras considerações acerca de erro na sujeição passiva.

Inicialmente, esclareça-se que o Auto de Infração mineiro traz a descrição de Autuado e Coobrigado.

Todavia, a referida denominação trata da sujeição passiva – gênero – que pode ser composta de contribuintes, contribuintes e responsáveis ou apenas de responsáveis, não havendo entre as pessoas arroladas como autuado ou coobrigado qualquer hierarquia ou benefício de ordem.

Neste sentido, todos os figurantes do polo passivo respondem solidariamente pela obrigação tributária, sendo, tecnicamente, todos coobrigados, ou seja, assumem a obrigação conjuntamente (coobrigados).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, cabe verificar se há na legislação tributária mineira tipificação para os sujeitos passivos arrolados no Auto de Infração, pela Fiscalização.

Primeiro, restou pormenorizadamente provado nos autos, que houve saída de mercadorias da Coobrigada para a Autuada sem documentação fiscal, sendo que a quase totalidade dessas mercadorias é sujeita ao recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária, o chamado ICMS-ST.

Assim, a condição de contribuinte mineira da Coobrigada - Drogavida Comercial de Drogas Ltda - nas operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária para as destinatárias mineiras, conforme alegado na impugnação, é rigorosamente correta.

Realmente, a obrigação tributária nasce diretamente para ela, conforme ela argumenta e de acordo também com a melhor doutrina do Direito Tributário.

Portanto, não há dúvida, como reconhece a Coobrigada-impugnante, de que é a contribuinte mineira – por substituição – das operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e destinadas a contribuintes mineiros (substituídos).

Em decorrência da sua condição de contribuinte do ICMS-ST devido ao Estado de Minas Gerais é que a Impugnante-DROGAVIDA deve compor o polo passivo da obrigação tributária. Nesta condição é que figura no Auto de Infração como Coobrigada.

Por outro lado, deve também figurar no polo passivo da obrigação tributária a destinatária mineira das mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, na condição de responsável tributária, em face do descumprimento do dever legal por parte da alienante ou remetente das mercadorias, a teor do disposto no art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

§ 20 - A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário da mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data de saída da mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se, pois, que há previsão expressa na Lei nº 6763/75, conforme acima descrito, de responsabilidade tributária da destinatária por descumprimento de dever legal, agregando, desta forma, ao polo passivo da obrigação tributária, por isso, ela responde solidariamente.

Em outras palavras, a norma de responsabilidade incide agregando à Autuada ao polo passivo da obrigação tributária como responsável solidária, juntamente com a Contribuinte, DROGAVIDA, cuja responsabilidade decorre da norma de tributação (ou da norma de incidência). Observe-se que a norma de responsabilidade não exclui a norma de tributação.

Desta forma, correta a eleição para o polo passivo da obrigação tributária da destinatária mineira como Autuada (responsável solidária), conforme prescrição do art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75 que está em perfeita sintonia com as prescrições do art. 121, parágrafo único, inciso II c/c o art. 124, inciso II, todos do CTN.

Assim, correta a sujeição passiva veiculada no Auto de Infração ora analisado, respondendo a Autuada (responsável tributária no sentido estrito) e a Coobrigada (contribuinte), sem hierarquia, pela obrigação tributária referente ICMS/ST devido e da consequente multa de revalidação.

Há a destacar-se, ainda, que a responsabilidade da Coobrigada no que tange à Multa Isolada exigida no primeiro e no segundo item do Auto de Infração (art. 55, inciso II e §2º da Lei nº 6763/75), decorre da venda de mercadorias por ela a destinatária mineira sem a emissão de nota fiscal tendo, por consequência, infringido diversos dispositivos da legislação tributária que preveem a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal para as saídas de mercadorias.

Também, pelas provas contundentes dos autos restou comprovada a parceria – **compra e venda sem emissão de nota fiscal** – das empresas Autuada e Coobrigada, com prejuízos ao Erário mineiro, o que justifica a responsabilidade solidária de ambas, com fundamento no art. 21, inciso XII da Lei nº 6763/75.

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Portanto, não se trata de operações de compra e venda de simples atos negociais entre a Autuada e a Coobrigada, mas atos com o intuito de burlar o Fisco, de esconder, de suprimir o imposto devido.

O supracitado art. 21, inc. XII da Lei nº 6763/75, está em harmonia com o art. 121, parágrafo único, inciso II c/c o art. 124, inciso II, parágrafo único, ambos do CTN, que dispõem:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (grifou-se)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Acrescente-se, ainda, que dispondo sobre o ICMS, o art. 5º da LC nº 87/96 prescreve:

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Por outro lado, a responsabilidade solidária da destinatária em relação à Multa Isolada exigida, fundamenta-se no art. 21, inciso VII da citada Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;

Assim, repita-se, a responsabilidade solidária das pessoas arroladas no Auto de Infração tem previsão expressa na Lei nº 6763/75, em conformidade com os requisitos do CTN e da Lei Complementar nº 87/96.

Ademais, nos autos, estão comprovados o interesse e a participação dos sujeitos passivos na situação que deu origem ao Auto de Infração em face da comercialização ter sido sem documentação fiscal.

Portanto, diante das disposições da legislação tributária mencionadas, a Coobrigada responde pela obrigação tributária em igualdade de condições com a Autuada.

Desta forma, correto o Auto de Infração na forma em que foi elaborado, constando, como sujeitos passivos solidários, a Autuada e a Coobrigada.

Como já foi dito alhures, a acusação fiscal busca exigir imposto e multas pelo descumprimento de obrigações tributárias – acessória e principal – em face de vendas de mercadorias sem a emissão de nota fiscal pela Coobrigada à Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em cumprimento a mandado judicial, foi efetuada busca e apreensão de documentos no dia 09 de setembro de 2008, oportunidade em que foram copiados 08 (oito) discos rígidos de diversos setores da empresa acima citada e arquivos de exportação e *logs* do banco de dados *Oracle* armazenados em seu datacenter.

A análise dos arquivos apreendidos possibilitou a reconstituição e a interpretação do banco de dados utilizados pela empresa, bem como a geração de relatório de vendas, de pedidos e de documentos fiscais e não fiscais emitidos no período de 2005 a 2008.

Após longa e detida análise desses arquivos, o Fisco conseguiu decifrar todo o processo de vendas da empresa, que consistia nos seguintes passos:

I - confirmação do pedido pelo cliente;

II - o sistema separava a parte do pedido que se referia a medicamentos da parcela relativa a produtos de higiene pessoal e cosméticos (HPC).

Caso o cliente tivesse “autorização” para efetuar compras sem a emissão de documentos fiscais, o sistema subdividia o pedido de acordo com uma proporção previamente cadastrada para cada cliente, caso em que um mesmo pedido poderia gerar até quatro faturas diferentes, a saber:

- uma para medicamentos com nota fiscal, identificada pela expressão “VO”;
- outra para medicamentos sem a emissão de notas fiscais, identificada pela expressão “VK”;
- uma terceira que seria relativa a produtos de higiene pessoal e cosméticos com emissão de documentos fiscais, identificada pela expressão “ZO”;
- a última seria a relativa a produtos de higiene pessoal e cosméticos sem emissão de documentos fiscais, identificada pela expressão “ZK”.

Até dezembro de 2006, as expressões “VI” e “VF” identificavam vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, que eram vinculadas a “notas brancas” (NB), documentos estes que eram gravados em tabelas específicas do banco de dados utilizados pela Coobrigada (tabelas f5511b e f5501b).

A utilização da expressão NB (Nota Branca) pode ser observada no CD acostado aos autos, onde se verifica que, por exemplo, os pedidos e faturas eram lançados nas tabelas “f42119” (históricos de vendas detalhe), “f42019” (histórico de vendas resumo), “f7601b” (documentos resumo) e “f7611b” (documentos detalhe).

III - O recebimento das faturas era controlado pelas tabelas “f03b11” (razão de clientes), “f5503003” (emissão de boletos), “f5503003_bk” (emissão de boletos – backup) e “f03b14” (recebimentos).

Para melhor entendimento, o Fisco elaborou as tabelas que se encontram acostadas aos autos e que contêm vários dados.

Destes dados podem ser extraídas as seguintes conclusões:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- para um mesmo número de pedido existem duas faturas emitidas: uma “VO”, cuja nota fiscal foi emitida e registrada no SINTEGRA, conforme demonstrado acima, e um “VK”, sem emissão do documento fiscal correspondente;

- os valores extraídos do banco de dados relativos às vendas “VO” e “ZO” correspondem ao declarado pelo contribuinte no SINTEGRA e também aos valores apurados nos arquivos apreendidos em seu cliente, no caso o de código 29566.

No caso do presente processo, estes exemplos demonstram a forma de ação da Impugnante, qual seja, para um mesmo número de “Pedido” existem duas operações distintas, uma com emissão da nota fiscal correspondente (“VO”) e outra desacobertada de documentação fiscal, mas com valores e produtos totalmente distintos.

Esclareça-se que no CD acostado aos autos, para cada uma das operações desacobertadas de documentação fiscal, constam, dentre outras informações, a data do pagamento de cada obrigação e a informação do Banco e da agência bancária onde cada pagamento se efetivou.

De toda forma, a validade das exigências fiscais em relação às operações em questão se fundamenta nas chamadas provas indiciárias, também conhecidas como provas indiretas.

Neste diapasão, traz a colação os argumentos contidos no Acórdão nº. 202-16.146, do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que se aplicam inteiramente ao caso em análise, nos seguintes termos:

NÃO SE PODE ALEGAR AQUI, COMO QUER FAZER A RECORRENTE, DE QUE, NESTE CASO, NÃO SE PODERIA UTILIZAR DOS INDÍCIOS E PRESUNÇÕES COMO MEIO DE PROVA. É PRECISO LEMBRAR QUE OS INDÍCIOS SÃO SUBSTRATOS FÁTICOS PARA CONSTRUÇÃO DE PRESUNÇÕES, AS QUAIS, DE ACORDO COM O ART. 136 DO CÓDIGO CIVIL, SÃO MEIOS DE PROVA.

GILBERTO DE ULHÔA CANTO *IN* ‘PRESUNÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO’, EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA, SÃO PAULO, 1991, PÁGINAS 3/4, ENSINA QUE:

NA PRESUNÇÃO TOMA-SE COMO SENDO A VERDADE DE TODOS OS CASOS AQUILOQUE É A VERDADE DA GENERALIDADE DOS CASOS IGUAIS, EM VIRTUDE DE UMA LEIDE FREQUÊNCIA OU DE RESULTADOS CONHECIDOS, OU EM DECORRÊNCIA DAPREVISÃO LÓGICA DO DESFECHO. PORQUE NA GRANDE MAIORIA DAS HIPÓTESESANÁLOGAS DETERMINADA SITUAÇÃO SE RETRATA OU DEFINE DE UM CERTO MODO,PASSA-SE A ENTENDER QUE DESSE MESMO MODO SERÃO RETRATADAS E DEFINIDASTODAS AS SITUAÇÕES DE IGUAL NATUREZA. ASSIM, O PRESSUPOSTO LÓGICO DAFORMULAÇÃO PREVENTIVA CONSISTE NA REDUÇÃO, A PARTIR DE UM FATOCONHECIDO, DA CONSEQÜÊNCIA JÁ CONHECIDA EM SITUAÇÕES VERIFICADAS NOPASSADO; DADA A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS COMUNS, CONCLUI-SE QUE O RESULTADO CONHECIDO SE REPETIRÁ. OU, AINDA, INFERE-SE O ACONTECIMENTO APARTIR DO NEXO CAUSAL LÓGICO QUE O LIGA AOS DADOS ANTECEDENTES .

MOACYR AMARAL SANTOS, EM 'PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL',LECIONA:

... PROVA É A SOMA DOS FATOS PRODUTORES DA CONVICÇÃO, APURADOS NOPROCESSO.A PROVA INDIRETA É O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO. NA BASE DESSEPROCESSO ESTÁ O FATO CONHECIDO. ... O FATO CONHECIDO, O INDÍCIO, PROVOCAUMA ATIVIDADE MENTAL, POR VIA DA QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO FATODESCONHECIDO, COMO CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO POSITIVO DESSAOPERAÇÃO SERÁ UMA PRESUNÇÃO.

....

PAULO CELSO B. BONILHA IN "DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO",EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 1997, P. 92, DIZ:

SOB O CRITÉRIO DO OBJETO, NÓS VIMOS QUE AS PROVAS DIVIDEM-SE EM DIRETAS EINDIRETAS. AS PRIMEIRAS FORNECEM AO JULGADOR A IDÉIA OBJETIVA DO FATOPROBANDO. AS INDIRETAS OU CRÍTICAS, COMO AS DENOMINA CARNELUTTI,REFÉREM-SE A OUTRO FATO QUE NÃO O PROBANDO E QUE COM ESTE SE RELACIONA,CHEGANDO-SE AO CONHECIMENTO DO FATO POR PROVAR ATRAVÉS DE TRABALHO DERACIOCÍNIO QUE TOMA POR BASE O FATO CONHECIDO. TRATA-SE, ASSIM, DECONHECIMENTO INDIRETO, BASEADO NO CONHECIMENTO OBJETIVO DO FATO BASE,"FACTUMPROBATUM", QUE LEVA À PERCEPÇÃO DO FATO POR PROVAR ("FACTUMPROBANDUM"), POR OBRA DO RACIOCÍNIO E DA EXPERIÊNCIA DO JULGADOR.

INDÍCIO É O FATO CONHECIDO ("FACTUMPROBATUM") DO QUAL SE PARTE PARA O DESCONHECIDO ("FACTUMPROBANDUM") E QUE ASSIM É DEFINIDO POR MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

'ASSIM, INDÍCIO, SOB O ASPECTO JURÍDICO, CONSISTE NO FATO CONHECIDO QUE,POR VIA DO RACIOCÍNIO, SUGERE O FATO PROBANDO, DO QUAL É CAUSA OU EFEITO.'EVIDENCIA-SE, PORTANTO, QUE O INDÍCIO É A BASE OBJETIVA DO RACIOCÍNIO OU ATIVIDADE MENTAL POR VIA DO QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO FATODESCONHECIDO. SE POSITIVO O RESULTADO, TRATA-SE DE UMA PRESUNÇÃO.

ACRESCENTEM-SE, AINDA, AS PALAVRAS DE ANTÔNIO DA SILVA CABRAL IN 'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL', EDITORA SARAIVA, SÃO PAULO, 1993, PÁGINA 311:

8. VALOR DA PROVA INDIRETA. *EM DIREITO FISCAL CONTA MUITO A CHAMADA PROVA INDIRETA. CONFORME CONSTA DO AC. CSRF/01-0.004, DE 26-10-1979,'A PROVA INDIRETA É FEITA A PARTIR DE INDÍCIOS QUE SE TRANSFORMAM EM PRESUNÇÕES. CONSTITUI O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO, EM CUJA BASE ESTÁ UM FATO CONHECIDO (INDÍCIO), PROVA QUE PROVOCA ATIVIDADE MENTAL, EM PERSECUÇÃO DO FATO CONHECIDO, O QUAL SERÁ CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO DESSE RACIOCÍNIO, QUANDO POSITIVO, CONSTITUI A PRESUNÇÃO.'O FISCO SE UTILIZA DA PROVA INDIRETA, MEDIANTE INDÍCIOS E*

PRESUNÇÕES, SOBRETUDO PARA DESCOBRIR OMISSÕES DE RENDIMENTOS OU DE RECEITAS.

MARIA RITA FERRAGUTIN 'EVASÃO FISCAL: O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 116 DO CTN E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO', REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO Nº 67, EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 2001, P. 119/120, BEM DESTACA A FORÇA PROBATÓRIA DAS PRESUNÇÕES E INDÍCIOS, BEM COMO A IMPERATIVIDADE DE SEU USO NA ESFERA TRIBUTÁRIA:

POR OUTRO LADO, INSISTIMOS QUE A PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS EM CAUSA NÃO SÓ REQUER, MAS IMPÕE, A UTILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO NO CASO DE DISSIMULAÇÃO, JÁ QUE A ARRECADAÇÃO PÚBLICA NÃO PODE SER PREJUDICADA COM A ALEGAÇÃO DE QUE A SEGURANÇA JURÍDICA, A LEGALIDADE, A TÍPICIDADE, DENTRE OUTROS PRINCÍPIOS, ESTARIAM SENDO DESRESPEITADOS.

DENTRE AS POSSÍVEIS ACEPÇÕES DO TERMO, DEFINIMOS PRESUNÇÃO COMO SENDO NORMA JURÍDICA LATO SENSU, DE NATUREZA PROBATÓRIA (PROVA INDICIÁRIA), QUE A PARTIR DA COMPROVAÇÃO DO FATO DIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIÁRIO), IMPLICA JURIDICAMENTE O FATO INDIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIADO), DESCRITOR DE EVENTO DE OCORRÊNCIA FENOMÊNICA PROVÁVEL, E PASSÍVEL DE REFUTAÇÃO PROBATÓRIA.

É A COMPROVAÇÃO INDIRETA QUE DISTINGUE A PRESUNÇÃO DOS DEMAIS MEIOS DE PROVA (EXCEÇÃO FEITA AO ARBITRAMENTO, QUE TAMBÉM É MEIO DE PROVA INDIRETA), E NÃO O CONHECIMENTO OU NÃO DO EVENTO. COM ISSO, NÃO SE TRATA DE CONSIDERAR QUE A PROVA DIRETA VEICULA UM FATO CONHECIDO, AO PASSO QUE A PRESUNÇÃO UM FATO MERAMENTE PRESUMIDO. SÓ A MANIFESTAÇÃO DO EVENTO É ATINGIDA PELO DIREITO E, PORTANTO, O REAL NÃO TEM COMO SER ALCANÇADO DE FORMA OBJETIVA: INDEPENDENTEMENTE DA PROVA SER DIRETA OU INDIRETA, O FATO QUE SE QUER PROVAR SERÁ AO MÁXIMO JURÍDICO CERTO E FENOMÊNICAMENTE PROVÁVEL. É A REALIDADE IMPONDO LIMITES AO CONHECIMENTO.

COM BASE NESSAS PREMISSAS, ENTENDEMOS QUE AS PRESUNÇÕES NADA 'PRESUMEM' JURIDICAMENTE, MAS PRESCREVEM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM FATO PROVADO DE FORMA INDIRETA. FATICAMENTE, TANTO ELAS QUANTO AS PROVAS DIRETAS (PERÍCIAS, DOCUMENTOS, DEPOIMENTOS PESSOAIS ETC.) APENAS 'PRESUMEM.'

CONSIDERA-SE, POIS, COMO PLENAMENTE ACEITÁVEL EM DIREITO TRIBUTÁRIO, O USO DA PROVA INDIRETA, QUAL SEJA O INDÍCIO E A PRESUNÇÃO, ESPECIALMENTE NOS CASOS DE SONEGAÇÃO FISCAL QUE É EXATAMENTE O CASO DOS AUTOS...

Assim, se os arquivos eletrônicos apreendidos no estabelecimento da Coobrigada indicam saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e estas saídas estão vinculadas a destinatários mineiros devidamente identificados,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conclui-se, com segurança, que ocorreram entradas destas mesmas mercadorias nos estabelecimentos mineiros sem documentação fiscal, especialmente em função da informação, contida nos referidos arquivos eletrônicos, relativa ao pagamento, pelos destinatários, das operações realizadas.

Saliente-se que apenas a Coobrigada compareceu aos autos e, em sua defesa, não apresentou provas para desconstituir a infração cometida. Alegou em preliminar que provas que fundamentam o presente lançamento foram obtidas por meio ilícito e que ela é a contribuinte do imposto devido por substituição tributária.

Portanto, como a autuação fiscal versa sobre a ocorrência de operações de circulação de mercadorias – venda e aquisição de medicamentos e outros produtos – sem nota fiscal, as provas dos autos confirmam a acusação fiscal.

Frise-se que tais constatações partiram do confronto entre as informações obtidas junto aos arquivos extrafiscais, apreendidos em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão decorrente da Medida Judicial nº 0024.08.152233-6, realizada no estabelecimento da Coobrigada – Drogavida –, sucessora da empresa Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda e os dados da escrita fiscal do estabelecimento mineiro autuado.

As exigências fiscais, em quase sua totalidade, referem-se ao ICMS-ST e às multas decorrentes das operações sujeitas à substituição tributária, de revalidação e isolada, capituladas no art. 56, § 2º, III e no art. 55, II e § 2º, ambos, da Lei nº 6.763/75, respectivamente, que dispõem:

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Saliente-se que o Fisco limitou o valor da multa isolada acima citada ao percentual de 30% (trinta por cento) do valor global das operações registradas nos arquivos eletrônicos apreendidos (cálculo efetuado pelo Fisco: alíquota interestadual x 2,5 = 30%).

A base de cálculo do ICMS/ST foi apurada de acordo com as normas contidas no art. 410, II, e § 3º do Anexo IX do RICMS/02 (efeitos até 30 de novembro de 2005), c/c art. 19, inciso I, subalíneas “b.2” e “b.3” do Anexo XV do mesmo diploma legal, vigentes no período dos fatos geradores, como segue:

Efeitos de 01/01/2004 a 30/11/2005

Art. 410 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será:

(...)

II - na falta do preço a que se refere o inciso anterior:

a) o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento fabricante ou pelo importador; ou

b) o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do respectivo segmento econômico.

(...)

§ 3º - Na falta dos valores a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo, a base de cálculo será o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, nele incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, adicionada do produto resultante da aplicação sobre o referido montante de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas, conforme o caso:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

(...)

b - tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

2 - o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação;

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2008

3 - o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo.

Assim sendo, para os medicamentos e outros produtos farmacêuticos classificados nas posições NCM com Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC) estabelecido, a base de cálculo foi o próprio PMC.

Entretanto, na inexistência do PMC em algum período, foi aplicada a Margem de Valor Agregado (MVA) prevista no art. 410, § 3º do Anexo IX do RICMS/02 (Lista Neutra - 51,73% ou 51,49%, conforme o caso), c/c art. 19, inciso I, subalínea “b.3”, e item 15 da Parte 2 do Anexo XV, do mesmo diploma legal.

Portanto, os itens que têm PMC expressamente informados ou com indicação de utilização de MVAs de 51,73% ou 51,49% (até 30 de novembro de 2005), referem-se aos medicamentos e aos demais produtos farmacêuticos.

Para os demais produtos sujeitos à substituição tributária, a base de cálculo foi obtida a partir da utilização da Margem de Valor de Agregado - MVA própria de cada produto.

De maneira resumida, o ICMS/ST foi calculado da seguinte forma:

- Produtos com Preço Máximo a Consumidor (PMC) estabelecido:

$$\text{- ICMS/ST} = \text{PMC} \times \text{QTD} \times \text{ALÍQUOTA INTERNA}$$

- Produtos sujeitos à Margem de Valor Agregado (MVA)

$$\text{- ICMS/ST} = \text{VALOR DO PRODUTO} \times (1 + \text{MVA}) \times \text{ALÍQUOTA INTERNA}$$

Considerando-se que as operações ocorreram sem a emissão de notas fiscais, no cálculo do ICMS/ST o Fisco não abateu o crédito relativo à operação própria do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

remetente, uma vez que esta parcela do imposto não foi cobrada na origem (Drogavida/São Paulo).

É importante destacar que este procedimento respeita o princípio da não cumulatividade do ICMS que, nos estritos termos do art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, efetiva-se mediante compensação do imposto devido em cada operação com o montante cobrado nas etapas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal. Senão, veja-se:

Art. 155 - Compete aos estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II, atenderá o seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

(...)

Nesse sentido, o art. 68 do RICMS/02 prescreve:

"o crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação", sendo reforçado em seu parágrafo único que "se o imposto destacado no documento fiscal for inferior ao devido, o valor a ser abatido corresponderá ao do destaque, ficando assegurado o abatimento da diferença, desde que feito com base em documento fiscal complementar emitido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço".

Ora, como as operações ocorreram desacompanhadas de documentação fiscal, conclui-se, por certo, que não existiu qualquer destaque do imposto, não havendo nenhuma prova nos autos de que este tenha sido pelo menos cobrado.

Assim sendo, o Fisco agiu corretamente ao não compensar, no cálculo do ICMS-ST, o crédito relativo à operação própria do remetente, uma vez que esta parcela do imposto (ICMS operação própria) não foi cobrada na origem (Estado de São Paulo). Frise-se que as operações ocorreram sem a emissão de notas fiscais.

No caso das mercadorias não sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária – ínfima parcela – e que deram entrada no estabelecimento mineiro ora autuado sem as notas fiscais correspondentes, a exigência fiscal se restringiu à Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, e § 2º da Lei n.º 6.763/75, com adequações corretas pela Fiscalização.

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

Por fim, a Impugnante questiona a aplicação de duas penalidades pelo Fisco, bem como a forma de sua cobrança.

Destaca-se que as multas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida.

A denominada Multa de Revalidação (art. 56, inciso II e § 2º da Lei n.º 6.763/75) foi exigida sobre o valor do ICMS não recolhido a título de substituição tributária, e a intitulada Multa Isolada foi aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória (art. 55, inciso II e § 2º da Lei n.º 6.763/75).

A conclusão é de que as duas multas foram aplicadas pelo descumprimento das obrigações tributárias – acessória e principal.

Neste contexto, vê-se que as referidas penalidades possuem naturezas distintas e têm como referência bases de cálculo também distintas. A multa de revalidação incide sobre o valor do imposto não recolhido no todo ou em parte, enquanto que a multa isolada aplica-se sobre o valor da operação desacobertada de documentação fiscal.

Diante disso, não se vislumbra a ocorrência do *bis in idem* em relação às penalidades exigidas pelo Fisco.

Há a destacar-se, ainda, que na decisão citada na preliminar, número 1133874-09.2010.8.13.0024, DROGAVIDA, cuja ementa transcreve-se novamente:

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL - MEDIDA CAUTELAR - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - BUSCA E APREENSÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO - LICITUDE DA PROVA - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - **MULTA DE REVALIDAÇÃO - MULTA ISOLADA - LEGALIDADE DA COBRANÇA DE AMBAS** - ANULATÓRIA IMPROCEDENTE - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, COM A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na decisão acima, o Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos, em relação à legitimidade da cobrança cumulativa das duas multas, em processo de discussão idêntica a este ora analisado, originário da mesma ação fiscal (apreensão de documentos extrafiscais no estabelecimento da Drogavida), deixou consignado:

As multas exigidas da autora na hipótese vertente são duas. Uma pelo não-cumprimento da obrigação principal de recolher tributo (multa de revalidação) correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto inadimplido. A outra (multa isolada) tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória, limitada pelo Fisco em 30% (trinta por cento) do valor global das operações apuradas, com fulcro no art. 55, II, da Lei nº 6.763/75.

A multa de revalidação tem caráter genuinamente sancionatório, punitivo, em face do contribuinte que deixa de pagar, a tempo e modo, o tributo devido, no caso, o ICMS, não se levando em consideração qual o motivo que levou à inadimplência, mas, tão somente, o fato de não ter havido o pagamento.

A multa de revalidação objetiva, em tese, coibir a inadimplência, e tem por escopo garantir a inteireza da ordem jurídica tributária. Se fosse reduzida, como pretende a apelante, a multa perderia seu caráter punitivo e acabaria por traduzir estímulo à inobservância das normas tributárias.

Neste sentido é o entendimento de abalizada doutrina:

"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).

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."

Lado outro, a multa isolada incide nos caso de o contribuinte deixar de cumprir obrigação acessória, consistente no dever de emitir documento fiscal idôneo a toda saída de mercadoria ou de lançar nos livros contábeis a nota fiscal emitida, como é o caso dos autos, sendo certo que o seu descumprimento acarreta a imposição de sanção pecuniária.

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Ao contrário do que sustenta a autora, é possível a incidência concomitante das multas em questão, porquanto foram cobradas nos exatos termos da legislação pertinente, não havendo que se falar em violação aos arts. 113, §§2º e 3º, 114 e 115 do CTN e nem ao art. 150, inciso IV, da CF. O art. 56, I, "c", da Lei 6.763/75, invocado pela autora, não se aplica à espécie haja vista que não houve recolhimento espontâneo do principal e acessórios.

Portanto, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítima a exigência do crédito tributário em comento, constituído de ICMS relativo às operações, além da Multa de Revalidação e da Multa Isolada, previstas nos arts. 55, II, e 56, II, da Lei Estadual nº 6.763/75 respectivamente.

Quanto à aplicação do permissivo legal, matéria tangenciada pela Coobrigada ao pedir o redimensionamento da multa isolada para valor fixo, esclareça-se que tal penalidade foi aplicada na sua quase totalidade em face de aquisição pela Autuada de mercadorias sujeitas à substituição tributária da Coobrigada (DROGAVIDA).

Ora, como a infração resultou em falta de pagamento do ICMS/ST ao Erário mineiro, a graduação autorizada pelo § 3º da Lei nº 6763/75 tem requisitos e não pode ser acionada, por vedação expressa do § 5º do art. 53, que prescreve:

§ 5º- O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. de reincidência;
2. de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;
3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.
4. de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei; (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais a Coobrigada/Drogavida já foi Autuada por mais de 520 vezes por venda de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e outras irregularidades, conforme Anexo IX dos autos, antes da busca e apreensão que motivou o presente lançamento tributário.

Já no tocante à aplicação do que a Coobrigada denomina de “multa de mora sem agravamento”, tem-se que a multa de revalidação está conforme previsto na legislação (art. 56, § 2º, item III), o que já foi exaustivamente enfrentado alhures.

Não há também que se falar em quebra do princípio do não confisco, em se tratando de multa que, como visto anteriormente, está prevista expressamente na legislação estadual, sem mácula de inconstitucionalidade, visto que ao Conselho de Contribuintes mineiro é vedado apreciar questões de constitucionalidade da legislação tributária, dentre outras limitações.

Neste sentido, dispõe o art. 182 da Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

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;

II - a aplicação da equidade.

Por oportuno, esclareça-se que vários destinatários, contribuintes mineiros autuados, já reconheceram a acusação fiscal desencadeada pelos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Coobrigada, e que mesmo após a interposição de Impugnação ao lançamento sob argumento de não ocorrência das aquisições desacobertas de documentos fiscais, houve reconhecimento e parcelamento do crédito tributário exigido, cita-se, a título de exemplo, a situação do PTA nº 01.000162739-64 (Acórdão nº 19822/10/1ª).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 28 de março de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora**

**Mauro Heleno Galvão
Relator**