

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.837/15/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000260093-99
Impugnação: 40.010137695-45
Impugnante: Nestlé Brasil Ltda
IE: 186002263.00-85
Proc. S. Passivo: Vinícius Jucá Alves/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada, sediada neste Estado, na condição de contribuinte substituto tributário, deixou de destacar o ICMS operação própria e o ICMS/ST nas notas fiscais por ela emitidas, em operações internas, com mercadorias listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS (operação própria), ICMS/ST, Multa de Revalidação no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o ICMS devido na operação própria, prevista no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, capitulada no art. 56, § 2º, inciso I, e Multa Isolada no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da base de cálculo do ICMS/ST não destacada nas notas fiscais, prevista no art. 55, inciso XXXVII, majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Verificado nos autos que as remessas de mercadorias realizadas pelo estabelecimento filial da empresa autuada encontram-se entre aquelas listadas no art. 18, inciso III e §1º do Anexo XV do RICMS/02 como hipótese de inaplicabilidade do instituto da substituição tributária, cabendo o recolhimento do imposto ao estabelecimento autuado. **Infração caracterizada.**

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatou-se que a Autuada deixou de destacar o ICMS (operação própria) nas notas fiscais por ela emitidas, em operações internas, com mercadorias listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuintes mineiros, detentores de regimes especiais que lhes atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST na condição de contribuinte substituto tributário. Exigência de ICMS (operação própria), multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, esta majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei. **Infração caracterizada.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Acusação fiscal de que a Autuada, sediada neste Estado, na condição de contribuinte substituto tributário, deixou de destacar o ICMS (operação própria) e o ICMS/ST nas notas fiscais por ela emitidas, no período de 01/09/14 a 30/11/14, em operações internas, com mercadorias listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS (operação própria), ICMS/ST, Multa de Revalidação no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o ICMS devido na operação própria, prevista no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, capitulada no art. 56, § 2º, inciso I, e Multa Isolada no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da base de cálculo do ICMS/ST não destacada nas notas fiscais, prevista no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75, esta majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Em relação às operações de saída de mercadorias, promovidas pela Autuada, destinadas a contribuintes mineiros detentores de regimes especiais que lhes atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do imposto na condição de contribuinte substituto tributário, exigiu-se o ICMS (operação própria) e a respectiva multa de revalidação e, sobre o valor total da base de cálculo do ICMS, não destacada nas notas fiscais, exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, esta majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Irregularidade apurada por meio da conferência de livros fiscais, documentos fiscais e informações contidas nos arquivos eletrônicos transmitidos à Fiscalização pela Autuada.

A metodologia de apuração do imposto, bem como os valores exigidos encontram-se demonstrados nas Planilhas 1, 1.1 e 1.2 e na Planilha Demonstrativo do Crédito Tributário, constantes dos arquivos gravados na mídia eletrônica de fls. 24.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 45/62 e documentos de fls. 66/104.

Requer a procedência de sua impugnação e o cancelamento das exigências fiscais.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 107/112, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG defere a juntada de documentos apresentados pela Impugnante (fls. 116/122) e retorna os autos à origem para que a Fiscalização manifeste sobre esse aditamento.

Nessa oportunidade, a Impugnante anexa aos autos mídia eletrônica (fls. 122) contendo a relação de notas fiscais referentes às transferências de mercadorias efetuadas por estabelecimentos de mesma titularidade, localizados em outras unidades da Federação e informações sobre o recolhimento do imposto efetuado por tais estabelecimentos.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 125/127.

Alega que os argumentos apresentados e os documentos juntados pela Impugnante em nada modificam as exigências tributárias contidas no Auto de Infração, e são os mesmos argumentos constantes na manifestação fiscal anterior.

Destaca que a Autuada alega não ser a responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, por isso não destacou o ICMS (operação própria) e nem efetuou a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, por não operar exclusivamente com produtos fabricados pela indústria da mesma titularidade, pois recebe mercadorias de Nestlé Sudeste Ltda. Porém, tal alegação defensiva não condiz com a verdade, pois nos livros fiscais de entrada, transmitidos à Fiscalização pela Autuada, não consta nenhuma nota fiscal de entrada de mercadorias oriunda da empresa Nestlé Sudeste Ltda, ou qualquer outro fornecedor que não seja de filiais de outras unidades da Federação, da mesma titularidade (Nestlé Brasil Ltda), no período fiscalizado e em períodos anteriores.

Ressalta que em relação aos valores insuficientes e indevidamente recolhidos pelos estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, poderá ser pleiteada a restituição.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, no Parecer de fls. 131/144, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Alega a Impugnante que o Auto de Infração é nulo, pois, no seu entender, a Autoridade Fiscal não demonstrou efetivamente as razões pelas quais considera que ela praticou as irregularidades apontadas.

Contudo, do simples exame da documentação constante dos autos, verifica-se que a Fiscalização seguiu rigorosamente os requisitos exigidos para a formalização do crédito tributário, quais sejam, os definidos pelos arts. 85 e seguintes do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, proporcionando à Impugnante toda a condição necessária e suficiente para a realização de sua defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O processo de fiscalização foi levado a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos, calcados na análise das informações fiscais do contribuinte.

Lavrado o competente Auto de Infração, a empresa autuada foi devidamente intimada para pagar ou parcelar o crédito tributário apurado, com as reduções de penalidades previstas na legislação ou exercer o legítimo e constitucional direito de defesa.

Esclareça-se, por oportuno, que o lançamento foi levado a efeito por autoridade administrativa constitucionalmente competente para a prática do ato, tendo sido elaborado relatório fiscal circunstanciado, contendo a descrição detalhada do fato imponível, com citação dos dispositivos legais relativos às infringências e penalidades aplicadas, bem como, contendo planilhas e demonstrativos auto explicativos, além do Demonstrativo do Crédito Tributário, fazendo parte integrante dele o Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM, os quais foram devidamente apresentados ao Sujeito Passivo.

O Auto de Infração, portanto, contém todas as informações e elementos necessários e suficientes ao esclarecimento das acusações objeto do presente feito fiscal. A propósito, os próprios argumentos trazidos pela Impugnante no bojo de sua peça defensiva, por si só, demonstram que ela teve perfeito e necessário entendimento das acusações que lhe foram imputadas.

Dessa forma, o presente lançamento deu-se com a estrita observância de todos os preceitos legais e regulamentares que disciplinam a matéria, não havendo que se falar em descumprimento de norma inculpada na legislação tributária para tal, mormente das disposições contidas no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Também não socorre a Defesa a alegação de que a Impugnante não foi intimada para prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração.

Sobre essa alegação defensiva, bem esclarece a Fiscalização:

Antes do início de qualquer procedimento fiscal, foi mantido contato com o responsável da empresa o Sr. (...), ocasião em que foi relatado sobre o procedimento equivocado da Autuada. Em seguida, foi agendada reunião na Delegacia Fiscal de Uberaba conforme data escolhida pelo representante. Porém, próximo do dia marcado referido representante entrou em contato com o Delegado Fiscal alegando não ter interesse em reunir com o fisco.

Diante da negativa do representante em participar de reunião na tentativa de buscar solução para a questão, foi formalizado o início da ação fiscal de cujo procedimento a Autuada foi regularmente cientificada em 09/12/14 do AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal) nº 10.000011018-78.

Pelo exposto, rejeitam-se as prefacias arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, sediada neste Estado, na condição de contribuinte substituto tributário, deixou de destacar o ICMS (operação própria) e o ICMS/ST nas notas fiscais por ela emitidas, no período de 01/09/14 a 30/11/14, em operações internas, com mercadorias listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS (operação própria), ICMS/ST, Multa de Revalidação no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o ICMS devido na operação própria, prevista no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, capitulada no art. 56, § 2º, inciso I, e Multa Isolada no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da base de cálculo do ICMS/ST não destacada nas notas fiscais, prevista no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75, esta majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Em relação às operações de saída de mercadorias, promovidas pela Autuada, destinadas a contribuintes mineiros detentores de regimes especiais que lhes atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do imposto na condição de contribuinte substituto tributário, exigiu-se o ICMS (operação própria) e a respectiva multa de revalidação e, sobre o valor total da base de cálculo do ICMS não destacada nas notas fiscais, exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, esta majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

A Autuada encontra-se inscrita neste Estado sob o CNAE-F 46.39-7-01 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral).

As mercadorias objeto das exigências fiscais encontram-se listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

A apuração do ICMS devido por substituição tributária deu-se na forma estabelecida no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 e no art. 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Assim, a Fiscalização apurou a base de cálculo do ICMS/ST a partir do valor da mercadoria consignado na nota fiscal emitida pela Autuada, acrescentou a importância relativa ao IPI, frete, seguros (quando existentes), agregou o percentual referente à Margem de Valor Agregado – MVA, ditada nas normas regulamentares mineiras, e aplicou a alíquota interna e, em seguida, abateu o ICMS da operação própria (que também é exigido nos presentes autos).

Alega a Impugnante não ser ela a responsável pelo recolhimento do ICMS/ST devido em relação às mercadorias objeto deste lançamento, e, conseqüentemente, não há que se falar em destaque do ICMS (operação própria) nas notas fiscais por ela emitidas, uma vez que foram efetuados recolhimentos, a título de ICMS e ICMS/ST, na fase anterior da cadeia produtiva, conforme determina a legislação tributária. E que esses recolhimentos do imposto foram desconsiderados pela Fiscalização.

Ressalta a Impugnante que consta no § 3º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 28/09, firmado entre os Estados de Minas Gerais e de São Paulo para instituição da substituição tributária, que a responsabilidade tributária pela retenção e recolhimento do ICMS/ST somente não se aplica nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica quando o destinatário (no caso a Autuada) operar exclusivamente com mercadorias recebidas em transferência do remetente. Aduz que no mesmo sentido dispõe o art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02.

No entender da Impugnante, se a filial mineira (estabelecimento distribuidor, atacadista e depósito) receber mercadorias em transferência interestadual de estabelecimento de mesma titularidade (filial paulista) e, também, adquirir, em operação interestadual, mercadoria de outra empresa (CNPJ diferente), as remessas feitas em transferência pelo estabelecimento de mesma titularidade estarão sujeitas à substituição tributária.

Argui que, no caso específico, o estabelecimento autuado recebe de filial localizada em São Paulo diversas remessas de mercadorias submetidas à tributação do ICMS sob o regime da substituição tributária. E que, da mesma forma, também recebe remessas de mercadorias de outra empresa.

Defende que é possível concluir que não existe exclusividade de fornecimento de mercadorias por parte do estabelecimento remetente (de São Paulo) e do estabelecimento destinatário (de Contagem – ora Autuado), já que o estabelecimento destinatário mineiro também recebe mercadorias de outra empresa. Assevera que a situação concreta não se enquadra na exceção estabelecida no Protocolo nº 28/09 e pelo art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02 (inaplicabilidade da ST nas transferências de mercadorias).

Frisa a Impugnante que o estabelecimento remetente das mercadorias localizado no Estado de São Paulo efetuou o recolhimento do ICMS da operação própria e do ICMS/ST, quando das transferências das mercadorias, conforme determina a legislação tributária.

Lado outro, a Fiscalização sustenta que é equivocado o entendimento da Impugnante de não ser ela a responsável pelo recolhimento do imposto ora exigido, aos seguintes argumentos:

- o Protocolo ICMS nº 28/09, no § 3º da Cláusula Segunda, que foi reproduzido na íntegra na legislação mineira, art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, traz hipóteses de inaplicabilidade da substituição tributária;

- conforme dispõe o inciso III c/c § 1º do art. 18, não se aplica a substituição tributária nas transferências promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante desde que os estabelecimentos destinatários operem, exclusivamente, com produtos fabricados por estabelecimento industrial da mesma titularidade, ficando os destinatários com a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST;

- a arguição da Impugnante de que ela não é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, e por isso não destacou o ICMS da operação própria e também não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetuou a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, por não operar exclusivamente com produtos fabricados pela indústria de mesma titularidade, porque ela recebe mercadorias de outra empresa, é improcedente;

- tal alegação não condiz com a verdade, pois nos livros fiscais de entrada (EFD – Escrituração Fiscal Digital), por ela transmitidos à Fiscalização, não consta registro de nenhuma nota fiscal de entrada de mercadorias que não seja da filial paulista de mesma titularidade, no período fiscalizado e em períodos anteriores;

- até 31 de agosto de 2014, a Autuada procedeu corretamente em relação ao cumprimento da legislação tributária, destacando o ICMS (operação própria) e retendo e recolhendo o ICMS devido por substituição tributária. E que, a partir do mês de setembro de 2014, mudou o seu comportamento deixando de destacar o ICMS (operação própria) e fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, sem que houvesse qualquer alteração na legislação tributária que respaldasse tal procedimento;

- a Autuada, a partir de setembro de 2014, mudou o comportamento utilizando-se de artifícios, alterando unilateralmente o sujeito passivo da obrigação, com o intuito único e exclusivo de reduzir ou de suprimir o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, conduta esta evidenciada nos seguintes fatos:

- *faz alegações de caráter meramente protelatório ao mencionar que a Autuada recebe mercadorias de outro fornecedor que não o da mesma titularidade, uma vez que não existe nenhuma entrada de mercadorias de outra empresa que não a de filial Paulista (Nestlé Brasil Ltda);*

- *a ilicitude da conduta fica evidente quando se faz a comparação dos recolhimentos de ICMS efetuados até agosto de 2014 com os realizados a partir de setembro quando houve a mudança do comportamento tributário, conforme demonstramos abaixo:*

Total de Recolhimento Mensal de janeiro a agosto	12.526.068,00
Média Mensal de Janeiro a Agosto	1.565.758,00
Recolhimento de Setembro de 2014	855.096,00
Recolhimento de Outubro de 2014	398.849,00
Recolhimento de Novembro de 2014	397.184,00

Explica a Fiscalização que o prejuízo ao Erário mineiro fica mais evidente quando se confronta a base de cálculo utilizada para cálculo de ICMS/ST pela empresa paulista remetente, e os valores praticados pela Autuada na venda subsequente, conforme consta no seguinte demonstrativo, por amostragem:

TABELA 1							TABELA 2						
Notas Fiscais de Venda efetuada pela Autuada							Notas Fiscais da Remetente Paulista - Cordeiropolis						
Nº NF	Data	Descrição Produto	Unid	Vr Produto	Qtd	Vr Unitário	Nº NF	Data	Descrição Produto	Unid	Vr Produto	Qtd	Vr Unitário
000040726	26/09/2014	NINHO 1+ PBI01 Fases Lepo 24x400g N1 BR	Unid	17.993,14	1.536	11,71	001313757	25/09/2014	NINHO 1+ PBI01 Fases Lepo 24x400g N1 BR	Unid	9.002,50	1.536	5,86
000041564	09/10/2014	ALPINO Panettone Choc 18x500g BR	Unid	3.390,36	216	15,70	001322367	10/10/2014	ALPINO Panettone Choc 18x500g BR	Unid	485,96	126	3,86
000041665	13/10/2014	MOLICO Lepo Desn Total Calcio 24x280g BR	Unid	550,48	48	11,47	001324141	13/10/2014	MOLICO Lepo Desn Total Calcio 24x280g BR	Unid	872,50	168	5,19
000043273	11/11/2014	ESPECIALIDADES Bombons 30x375g BR	Unid	8.326,80	1.200	6,94	001344176	11/11/2014	ESPECIALIDADES Bombons 30x375g BR	Unid	774,42	180	4,30

Ressalta, a Fiscalização, que o valor unitário praticado na venda efetuada pela Autuada é significativamente superior ao valor unitário de transferência utilizado

pelo estabelecimento paulista, que serviu para composição da base de cálculo do ICMS/ST por aquela empresa. Ressalta, ainda, que o valor correto a ser utilizado para composição da base de cálculo deveria ser o preço praticado na venda final, ou seja, o praticado pela Autuada no quadro 1, como a empresa procedeu até agosto de 2014.

Sustenta, a Fiscalização, que os dados acima referem-se a uma amostragem dos produtos comercializados pela Autuada, mas que em todas as vendas por ela realizadas no período fiscalizado essa situação se repete.

Menciona que o valor da base de cálculo do ICMS/ST presumida é o valor que será o desembolsado pelo consumidor final que corresponde à última etapa da cadeia comercial e, logicamente, praticada pelos estabelecimentos varejistas. Assim, quando se faz as comparações do valor praticado pelo estabelecimento distribuidor mineiro (Autuada), que já é superior ao valor adotado como partida para cálculo do ICMS/ST pelo estabelecimento paulista, e considerando que nessa etapa da cadeia comercial ainda deverá ter o agregado do varejista, pode-se concluir que o valor adotado como base de cálculo do ICMS/ST pelo estabelecimento paulista é expressivamente inferior ao preço que o produto chega ao consumidor final.

Aduz que essa distorção expressiva entre o valor adotado como “Base de Cálculo” do ICMS/ST (pelo estabelecimento paulista) e o preço suportado pelo consumidor final revela, de maneira incontroversa, a intenção da Autuada de suprimir ou reduzir os tributos devidos.

Conclui que não há que se falar em verificar os valores pagos pelo remetente paulista, uma vez que aquele estabelecimento não é o responsável pelo recolhimento do imposto devido a título de ICMS/ST e, sim, a Autuada, razão pela qual desta se exige o presente crédito tributário.

Após detida análise da discussão travada nos presentes autos, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se mostram capazes de elidir a acusação fiscal.

Constata-se que a Impugnante, na condição de contribuinte substituto tributário, por força das disposições contidas na Lei nº 6.763/75 (art. 22) c/c o disposto no art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, abaixo transcritos, deixou de destacar o ICMS (operação própria) e o ICMS/ST nas notas fiscais por ela emitidas, no período de 01/09/14 a 30/11/14, em operações internas, com mercadorias listadas no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Lei nº 6.763/75

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

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

Anexo XV do RICMS/02

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

III - às transferências promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante, exceto quando destinadas a estabelecimento varejista, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte;

(...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso III do caput deste artigo, em se tratando de transferência para estabelecimento distribuidor, atacadista, depósito ou centro de distribuição, estes deverão operar exclusivamente com produtos fabricados por estabelecimento industrial de mesma titularidade. Grifos acrescidos.

Vale destacar que o Protocolo ICMS nº 28/09, firmado entre os Estados de Minas Gerais e de São Paulo (unidade da Federação da qual a Autuada recebe mercadorias em transferência de estabelecimento de mesma titularidade), para instituição da substituição tributária, no seu § 3º da Cláusula Segunda prevê:

Protocolo nº ICMS 28/09

Cláusula segunda O disposto neste protocolo não se aplica:

I - às transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista;

(...)

§ 2º Na hipótese desta cláusula, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, devendo tal circunstância ser indicada no campo "Informações Complementares" do respectivo documento fiscal.

§ 3º Na hipótese de saída interestadual em transferência com destino a estabelecimento distribuidor, atacadista ou depósito localizado no Estado de Minas Gerais, o disposto no inciso I somente se aplica se o estabelecimento destinatário operar exclusivamente com mercadorias recebidas em transferência do remetente. (Grifos acrescidos).

Importante mencionar, por oportuno, que o Convênio ICMS nº 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, determina:

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Cláusula oitava O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria. (Grifos acrescidos).

Nesse diapasão, extrai-se das disposições contidas no art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, de observância obrigatória pelos “sujeitos passivos por substituição” (nos termos da cláusula oitava do Convenio nº 81/93), que a substituição tributária não se aplica às transferências de mercadorias promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante, exceto quando destinadas a estabelecimento varejista, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte.

Veja-se que o § 1º do referido art. 18 traz o comando de que a regra da não aplicabilidade da substituição tributária nas transferências de mercadorias (inciso I do *caput*) somente prevalece quando o destinatário (distribuidor, atacadista, depósito ou centro de distribuição) operar exclusivamente com produtos fabricados por estabelecimento industrial de mesma titularidade.

No caso em exame, conforme já salientado, a Impugnante (situada neste Estado) defende que não cabe a ela a obrigação de retenção do ICMS/ST e, também, o destaque do ICMS (operação própria), pois, no seu entender, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST é atribuída ao estabelecimento de mesma titularidade, situado no Estado de São Paulo, nos termos das disposições contidas no § 3º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 28/09 e no art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, porque ela também recebe mercadorias de outras empresa, não sendo distribuidor exclusivo.

Constata-se que, não obstante essa alegação defensiva, a Impugnante não trouxe aos autos documentação comprobatória de tal fato.

Lado outro, a Fiscalização deixou consignado que não consta dos registros fiscais de entrada da EFD – Escrituração Fiscal Digital, transmitidos à Fiscalização pela Autuada, nenhuma nota fiscal que não seja proveniente da empresa paulista de mesma titularidade, no período fiscalizado e em períodos anteriores.

Cabe mencionar que a Autuada, após a manifestação da Fiscalização, protocolizou, neste Conselho de Contribuintes, a documentação de fls. 116/122 (contendo relação de notas fiscais relativas às transferências de mercadorias efetuadas por estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação e informações sobre

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o recolhimento do imposto por tais estabelecimentos), que teve juntada deferida por este Conselho.

Contudo, também nessa oportunidade, não foi trazida aos autos qualquer comprovação de que a Autuada recebeu mercadorias não fabricadas por estabelecimento industrial de mesma titularidade, conforme alega.

Dessa forma, aplica-se ao caso dos autos as disposições contidas no art. 18, inciso III, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, a substituição tributária não se aplica às transferências de mercadorias recebidas pelo estabelecimento autuado, recaindo sobre a Autuada (estabelecimento destinatário) o recolhimento do imposto quando promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Foram exigidas, além do ICMS (operação própria) e do ICMS/ST, as seguintes penalidades:

Lei nº 6.763/75

Art. 56 (...)

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;

(...)

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:

(...)

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

A Multa de Revalidação foi exigida no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o ICMS devido na operação própria e encontra-se prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Também foi exigida a Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, nos termos do que dispõe o art. 56, § 2º, inciso I, da citada lei

Sobre o valor total da base de cálculo do ICMS/ST não destacada nas notas fiscais, exigiu-se a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6.763/75, majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei:

Art. 53. (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, **contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa,** relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes. (Grifou-se).

Em relação às operações de saída de mercadorias, promovidas pela Autuada, destinadas a contribuintes mineiros, detentores de regimes especiais que lhes atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do imposto na condição de substituto tributário, exigiu-se o ICMS (operação própria) e a respectiva multa de revalidação e, sobre o valor total da base de cálculo do ICMS, não destacada nas notas fiscais, exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, esta, conforme já dito, majorada em razão da constatação da reincidência, nos termos do disposto no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Conforme telas de “consultas a autuações” extraídas do SIARE/SEF/MG, colacionadas às fls. 11, e cópia de decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa (Acórdão nº 20.317/13/2ª, publicado no Diário Oficial em 24/12/13), às fls. 12/23, consta a seguinte autuação que fundamentou a majoração da multa isolada:

- PTA nº 01. 000201895-90: Penalidade Isolada exigida prevista no **art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75**. Data de publicação da decisão anterior no Diário Oficial em 24/12/13.

Em relação à majoração da penalidade isolada, a Autuada alega que as infrações contidas neste lançamento e no PTA utilizado para fins de tal majoração são distintas e que naquela ocasião foi autuada uma filial diversa.

Todavia, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, a reincidência encontra-se plenamente caracterizada e tal alegação defensiva não exime o gravame em comento.

Repare-se que de acordo com o § 6º do art. 53 supra, caracteriza-se reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração

anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos.

Dessa forma, diferentemente do entendimento da Impugnante, para fins de caracterização da reincidência o que se analisa é a penalidade cominada a qualquer dos seus estabelecimentos.

Cabe destacar que dentre as irregularidades constantes no PTA utilizado para majoração da penalidade isolada encontra-se, exatamente, a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, cuja penalidade exigida pela Fiscalização e mantida pela decisão foi a prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Requer a Impugnante que sejam os autos baixados em diligência para que a Fiscalização verifique o valor do imposto retido/recolhido pelo estabelecimento fornecedor.

Contudo, tal verificação não tem o condão de afastar a acusação fiscal em apreço e também não é necessária para o deslinde da presente contenda.

Sobre esta alegação defensoria, a Fiscalização deixou consignado o seguinte:

Portanto, não há o que se falar em verificar os valores pagos pelo remetente Paulista, uma vez que aquele estabelecimento não é o responsável tributário, e sim, o estabelecimento da Autuada, razão pela qual desta se exige o crédito tributário.

(...)

A Quanto aos valores insuficientes e indevidamente recolhidos pelos estabelecimentos localizados em outras Unidades da Federação, poderá a Autuada, depois de cumpridas as exigências do presente Auto de Infração, sendo o caso, pleitear a restituição.

Alega, ainda, a Impugnante que as multas apresentam caráter desproporcional e confiscatório.

Contudo, a aplicação das penalidades está efetivada na medida prevista na legislação tributária deste Estado, não competindo ao CC/MG negar aplicação de dispositivo legal, nos termos dos arts. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Quanto à multa isolada, cabe registrar que há óbice para aplicação do permissivo legal, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto e a Autuada é reincidente. Confira-se:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos (...)

1. de reincidência;

(...)

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Vinícius Jucá Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 19 de agosto de 2015.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor

José Luiz Drumond
Relator

D