

Acórdão: 23.056/18/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000938861-18
Impugnação: 40.010145309-29, 40.010145310-03 (Coob.)
Impugnante: Jotaha Distribuidora e Representação de Alimentos Aurora Ltda
IE: 001013264.02-28
Jotaha Distribuidora e Representação de Alimentos Aurora Ltda (Coob.)
IE: 001013264.00-66
Proc. S. Passivo: Lilian Rosa da Silva Raphael
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST, a cada operação, destacado em NFs de transferência entre os Sujeitos Passivos, nos termos do art. 45, inciso II c/c art. 46, inciso I e § 5º, do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST, a cada operação, destacado nas notas fiscais de transferência entre os Sujeitos Passivos, nos termos do art. 45, inciso II c/c art. 46, inciso I e § 5º, do Anexo XV do RICMS/02, no período de 01/02/14 a 31/10/16.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17/56, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 88/105.

DECISÃO

Das Preliminares

Na peça de defesa, as Contribuintes alegam, preliminarmente, que ocorreu tributação em duplicidade, pois já haviam sido autuadas, nesse mesmo período, em relação ao ICMS/ST, com aplicação de multas e juros, conforme PTA nº 01.000865020-16, que engloba matéria na qual é detentora de sentença que lhe é favorável, proferida pelo TJMG e traça detalhes sobre tal ação judicial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre, todavia, como bem destacado pela Fiscalização, que diferente do entendimento apresentado na Impugnação, não restam configuradas exigências fiscais em duplicidade, quando se compara o presente processo e outros PTAs lavrados contra a(s) Autuada(s).

Nesse sentido, conveniente destacar as irregularidades, período autuado e exigências constantes de tais processos, inclusive o mencionado pelas Impugnantes:

- PTA nº 01.000865020-16

Irregularidade: a autuação versa sobre acusação fiscal de retenção a menor de ICMS/ST, pela Autuada, contribuinte substituto tributário por força de Regime Especial, nas notas fiscais relativas a remessas de mercadorias (produtos alimentícios) constantes do item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuinte revendedor mineiro, no período de 26/08/13 a 30/04/16.

A retenção a menor do ICMS/ST deve-se à utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto prevista no item 19, subitens “a” e “b”, da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, que somente se aplica às mercadorias produzidas no estado de Minas Gerais (19.a) ou em relação à operação promovida pelo próprio fabricante (subitem 19.b c/c o 19.6, ambos do referido anexo), situações em que não se enquadra a Autuada e as operações autuadas.

Registra a Fiscalização que a Autuada obteve êxito em ação judicial, por ela impetrada, de forma que o Fisco mineiro não exigisse o ICMS/ST com a aplicação da MVA (Margem de Valor Agregado) ajustada (§ 5º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02), matéria não objeto do lançamento. Destaca, ainda, que na referida decisão não há qualquer outra determinação que não seja o afastamento da MVA ajustada.

Polo passivo: Além da Autuada, foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, a Coobrigada, destinatária das mercadorias objeto das notas fiscais autuadas (filial do estabelecimento autuado estabelecida em Mathias Barbosa/MG), nos termos do disposto nos arts. 22, § 18, e 21, inciso XII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Exigências: ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

- PTA nº 01.000939481-72

Irregularidade: A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST apurado por meio do confronto entre os valores apresentados nas Guias Nacionais de Informação e Apuração do ICMS por Substituição Tributária (GIAs-ST), com os valores de ICMS/ST destacados nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de saída emitidas pelo sujeito passivo, que eram superiores, no período de 01/05/12 a 31/01/14.

Polo Passivo: Somente a Autuada.

Exigências: ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, previstas no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso I e art. 54, inciso IX, alíneas “a” e “b”, todos da Lei nº 6.763/75.

- Autos de Infração não contenciosos: (tipo 03): ICMS/ST destacado nas notas fiscais e declarado ao Fisco, mas não recolhido

- 03.000366934.51 – período autuado: agosto e setembro de 2012;
- 03.000367919.59 – período autuado: outubro e novembro de 2012;
- 03.000372050.26 – período autuado: dezembro de 2012;
- 03.000377288.35 – período autuado: maio de 2013;
- 03.000378070.42 – período autuado: junho de 2013;
- 03.000441443.63 – período autuado: agosto de 2013 a janeiro de 2014.

- PTA em exame

Conforme já relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada realizou remessas de mercadorias para a filial mineira sem comprovação, no sistema de arrecadação da SEF/MG, dos recolhimentos do ICMS/ST a cada operação, nos termos do art. 45, inciso II c/c o art. 46, inciso I e § 5º, ambos do Anexo XV do RICMS/02 e, também, não houve comprovação por parte da Autuada de que efetuou tais recolhimentos, no período de 01/02/14 a 31/10/16.

Após as devidas conferências, a Fiscalização constatou o não recolhimento do imposto em relação aos documentos fiscais emitidos no período autuado.

Polo Passivo: além da Autuada, foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, a Coobrigada (destinatária das mercadorias objeto das notas fiscais autuadas (filial do estabelecimento autuado estabelecida em Mathias Barbosa/MG), nos termos do disposto nos arts. 22, § 18, e 21, inciso XII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Exigências: ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Observa-se, pois, não obstante existir coincidência entre alguns períodos autuados, objeto dos PTAs citados, que, claramente, a parcela do ICMS/ST exigida, em cada autuação, difere totalmente em cada um dos lançamentos. Logo, não há que se falar em exigência em duplicidade.

As Impugnantes sustentam, ainda, que a Fiscalização não seguiu os procedimentos previstos na legislação tributária na feitura do Auto de Infração. Assevera que o lançamento está baseado em dados incorretos, atos formais com vícios, informações inadequadas, aplicação de dispositivos incorretos, exigências em duplicidade, cálculos errados, multas indevidas, acarretando absoluta nulidade do lançamento.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Induidoso que as Autuadas compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

As discussões trazidas pela Defesa, em sede de preliminar, referentes à decadência, exigências em duplicidade e multas exigidas, serão analisadas no mérito.

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

Do Mérito

Conforme relatado, decorre o presente lançamento da constatação de que a Autuada, sediada no estado do Rio de Janeiro, contribuinte substituto tributário, deixou de recolher o ICMS/ST destacado nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de saída, em operações de transferência para destinatário mineiro (Coobrigada), no período de 01/02/14 e 31/10/16, a cada operação, nos termos do art. 45, inciso II c/c art. 46, inciso I e § 5º, do Anexo XV do RICMS/02.

Os referidos dispositivos legais preceituam:

RICMS/02

ANEXO XV

Art. 45. O imposto devido a este Estado a título de substituição tributária e seus acréscimos serão recolhidos, em agência bancária credenciada, mediante:

(...)

II - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), em se tratando de recolhimentos efetuados em outra unidade da Federação.

(...)

§ 4º Na hipótese de recolhimento por sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, será observado o seguinte:
I - será emitida uma Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) distinta para cada nota fiscal, informando o número da nota no campo Nº do Documento de Origem;

II - a 3ª via da GNRE deverá acompanhar o transporte e ser entregue ao destinatário.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também:

I - no período em que a inscrição do sujeito passivo por substituição encontrar-se suspensa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O arquivo “Anexo AI Nº 0100093886118” (CDR fls. 08), contém 4 (quatro) planilhas, nas quais consta a relação de todas as notas fiscais emitidas de 2013 a 2016 (planilha “Total NF-E 2013 a 2016”); em outra planilha, os documentos para os quais não se localizou os pagamentos (planilha “NF_E_FEV_14_a_OUT_16_SEM_RECOL”) e que formam o montante de ICMS/ST exigido neste PTA.

Constam ainda do mesmo arquivo, duas outras planilhas com a totalidade dos pagamentos efetuados pela Autuada e pela Coobrigada, no período objeto da presente exigência fiscal.

A inabilitação cadastral da Autuada no início de 2014 lhe impôs o dever de recolher, previamente, os valores de ICMS/ST destacado nas NFs-e, mas em contrapartida, a desobrigou da apresentação de declarações (GIAs).

Por conseguinte, não merece acolhida a alegação da Defesa de que, em nenhum momento, se omitiu de informar ao Fisco o efetivo valor do ICMS/ST, uma vez que tal afirmativa torna-se irrelevante para o deslinde da questão, tendo em vista a acusação fiscal tratada no presente PTA.

Quanto ao fato da SEF ter acesso às notas fiscais, neste processo onde o sujeito passivo está desonerado da apresentação de declarações, é sem dúvida a forma para conferência da regularidade das operações. Assim, do cotejamento dos valores destacados nos documentos fiscais e dos recolhimentos promovidos pela Autuada, a cada operação, é que se apurou as diferenças ora exigidas, uma vez que não há, no Sistema Fazendário, informação do recolhimento do imposto retido, tampouco o Contribuinte comprova que o fez.

Com relação à sujeição passiva, correta a eleição, também, para o polo passivo da relação, do destinatário das mercadorias, no caso, a filial localizada em Matias Barbosa/MG, em consonância com o § 1º, art. 15, Anexo XV do RICMS/02.

No tocante aos questionamentos da Defesa, em relação ao fato de a intimação do Auto de Infração ter se dado por meio de publicação no Diário Eletrônico, cumpre destacar que o Fisco tentou intimar a Empresa no endereço constante do cadastro de contribuintes, não obtendo êxito, conforme se depreende do documento acostado às fls. 11 dos autos (Relatório de Operação Volante realizada pelos Fiscos dos estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, oportunidade em que se constatou que a empresa autuada não se encontrava em pleno funcionamento), o que somente foi alcançado com a publicação no Diário Eletrônico (fls. 13).

Ademais, como informa a Defesa, os sócios da empresa autuada encontravam-se em viagem de férias.

Ainda, como destaca a Fiscalização, as inscrições estaduais dos Autuados encontravam-se com irregularidades cadastrais: 001.013264.0228 – Cancelada e 001.013264.0066 – Inexistência de estabelecimento no endereço inscrito desde 31/08/17.

Dessa forma, verifica-se que a intimação, via publicação do Diário Eletrônico, somente ocorreu após a tentativa frustrada de intimação de forma pessoal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST, e da Multa de Revalidação prevista nos art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da 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;

(...)

Também não há reparos a efetuar na cobrança dos juros de mora, que se encontra disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil:

RESOLUÇÃO Nº 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

(MG de 14/10/97)

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI). (Grifou-se)

Os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75, estabelecem a incidência dos juros de mora sobre o tributo e também sobre a multa aplicada, após o prazo de vencimento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Dessa forma, o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas ao contrário, pauta-se exatamente de acordo com os parâmetros da legislação de regência. Observa-se que, de acordo com o inciso II do art. 2º da citada Resolução, o débito é corrigido desde o primeiro dia do mês subsequente ao seu vencimento até a data do efetivo pagamento. Portanto, não carece de qualquer reparo a cobrança dos juros de mora sobre as multas exigidas.

No tocante à alegação da Defesa de que a penalidade é confiscatória, destaca-se que as penalidades aplicadas encontram-se previstas na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Lilian Cláudia de Souza (Revisora) e Erick de Paula Carmo, que ainda excluía a majoração da Multa de Revalidação nos termos do previsto no inciso I do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 28 de agosto de 2018.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Cindy Andrade Morais
Relatora

D

23.056/18/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.056/18/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000938861-18
Impugnação: 40.010145309-29, 40.010145310-03 (Coob.)
Impugnante: Jotaha Distribuidora e Representação de Alimentos Aurora Ltda
IE: 001013264.02-28
Jotaha Distribuidora e Representação de Alimentos Aurora Ltda (Coob.)
IE: 001013264.00-66
Proc. S. Passivo: Lilian Rosa da Silva Raphael
Origem: DFT/Juiz de Fora

Voto proferido pela Conselheira Lilian Cláudia de Souza, 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.

No presente caso foi aplicada a majoração da Multa de Revalidação em virtude do recolhimento a menor do tributo devido, todavia, o art. 56, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 delimita que a penalidade somente poderá ser cobrada em dobro nos casos de ausência de retenção/pagamento do imposto, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

§ 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;

(...)

Ora, o Direito Tributário deve se pautar pelo princípio da legalidade estrita, também conhecida como legalidade cerrada, ou ainda, como princípio da tipicidade tributária por parte da doutrina. Tal princípio, insculpido no art. 150, inciso I, da Constituição Federal- CF delimita que nenhum tributo poderá ser criado ou majorado sem lei em sentido estrito que o estabeleça.

O art. 97, inciso V, do Código Tributário Nacional - CTN, por sua vez, ao regulamentar o princípio da tipicidade, determina que as multas tributárias também devem respeito ao aludido princípio, que, conforme já salientado, se constitui como um dos pilares do Direito Tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, não se pode admitir a aplicação de majoração de penalidade ao sujeito passivo quando não expressamente prevista na legislação de regência, isto porque, em nenhum momento, a lei mineira delimita a possibilidade de majoração da multa em casos de recolhimento ou retenção do imposto a menor, mas em outras oportunidades o legislador estadual fez questão de delimitar tal possibilidade, como por exemplo, no art. 56, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

I - havendo espontaneidade no recolhimento do principal e dos acessórios antes da inscrição em dívida ativa, nos casos de falta de pagamento, **pagamento a menor** ou intempestivo do imposto, observado o disposto no § 1º deste artigo, a multa de mora será de:

Assim, se o Fisco se pauta na legalidade tributária, como deve ser feito, no momento da constituição do crédito tributário, este mesmo princípio deve ser respeitado no momento da escolha dos dispositivos legais aplicáveis às penalidades impostas ao sujeito passivo.

E, no caso específico das multas tributárias, o CTN, em seu art. 112, dispõe expressamente que as leis tributárias, que definem infrações ou lhe comina penalidades, devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao contribuinte, é o que a doutrina denomina de “*in dubio pro contribuinte*”, muito semelhante ao princípio do direito processual penal na fase processual do “*in dubio pro reo*”:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

E, conforme denota-se do relatório do Auto de Infração, a autuação levou em consideração planilhas elaboradas a partir da documentação apresentada pelo Sujeito Passivo nas quais são relacionados pagamento parcial do imposto exigido nos autos, é ver às fls. 05 dos autos, a menção expressa às planilhas “PGTO FEITO POR LEVY GASPARIAN” E “PGTO FEITO POR MATIAS BARBOSA”.

Assim sendo, uma das irregularidades constatadas é a de que o Contribuinte reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais, em razão da aplicação incorreta das alíquotas do imposto. Em outras palavras, houve a retenção/recolhimento do tributo, mas em montante menor que o devido, e não ausência de recolhimento ou ausência de retenção do tributo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa feita, como os tipos “não retenção” ou “falta de pagamento”, previstos no § 2º, inciso I do art. 56 da Lei nº 6.763/75 não podem ser equiparados ao ato praticado pela Contribuinte conforme capitulado no Auto de Infração, qual seja, reter e recolher a menor o tributo, com fulcro no art. 112 do CTN, conclui-se que esta majoração, em relação a tal item, deve ser excluída da autuação, por não se aplicar à espécie.

Isso posto, julgo parcialmente procedente o lançamento fiscal para excluir a majoração da Multa de Revalidação do inciso I do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, segundo os fundamentos jurídicos que integram o presente voto vencido.

Sala das Sessões, 28 de agosto de 2018.

**Lilian Cláudia de Souza
Conselheira**

CC/AMG