

Acórdão: 23.230/19/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001045120-06
Impugnação: 40.010146659-99
Impugnante: Festiva Distribuidora de Alimentos Eireli
CNPJ: 97.554284/0004-42
Proc. S. Passivo: Rosângela da Silva Brito Lutkus/Outro(s)
Origem: DFT/Pouso Alegre/ Sul

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. Constatada a falta de retenção ou a retenção a menor da base de cálculo do ICMS/ST, bem como a falta de recolhimento e/ou o recolhimento a menor do ICMS/ST devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário nos termos do Protocolo ICMS nº 28 de 2009, em relação às remessas de mercadorias (biscoitos) para estabelecimentos situados neste estado. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender intimação efetuada pelo Fisco, por meio do AIAF, para apresentação de documentos nele listados. Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV, e 190, ambos da Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, sediada no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09, que dispõe sobre a substituição tributária em relação a operações com mercadorias listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (item 43 até 31/12/15 a partir de 01/01/16, no Capítulo 17) - produtos alimentícios, firmado entre os estados de Minas Gerais e de São Paulo, nas remessas para Minas Gerias, no período de 01/04/15 a 31/01/18.

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

Exige-se, ainda, as Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c” (pelo destaque a menor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais autuadas - 20% (vinte por cento) sobre a diferença da base

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de cálculo apurada) e inciso XXXVII do citado artigo (pela falta de destaque da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais emitidas – 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo do imposto não destacada) ambos da Lei nº 6.763/75.

É também exigida a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, pela falta de atendimento de intimação fiscal (conforme Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF de fls. 12).

Instruem os autos, o Auto de Infração - AI de fls. 02/09; - AIAF e Termos de prorrogação de fls. 10/14; dados cadastrais da Autuada (fls. 15); Demonstrativo do Crédito Tributário por nota fiscal (fls. 16/17); Notas Explicativas do Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 18/22); mídia eletrônica contendo a apuração do ICMS e o crédito tributário (fls. 23).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 26/39.

Sustenta que há diversos vícios e equívocos processuais e materiais ensejadores da declaração de nulidade do lançamento.

Explica que o lançamento refere-se a notas fiscais em relação às quais o Fisco alega que, em algumas, não consta o destaque do ICMS/ST e, em outras, houve o destaque a menor do ICMS/ST.

Relata que muitas destas notas fiscais foram canceladas, conforme indica no demonstrativo de fls. 28/30 dos autos, assim como tantas outras notas fiscais que não foram encontradas pela Autuada, tendo em vista problemas em seu sistema.

Conclui que, diante de tantas notas fiscais canceladas, deve o Auto de Infração - AI ser cancelado ou ser enviado ao Posto Fiscal para averiguações pertinentes.

Alega que não apresentou a documentação solicitada pelo Fisco, por meio de intimação fiscal, devido ao não recebimento desta, cuja comunicação deu-se por meio de envio do AIAF para caixa postal da Autuada, alegando ser tal meio precário para envio do referido documento.

Requer, assim, seja cancelada a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Pede a revisão do valor exigido a título de multa de revalidação, alegando que o AI refere-se a diversas notas fiscais canceladas.

Requer a exclusão da Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, sustentando que em nenhum momento a Fiscalização informa qual foi o artigo de lei que a Impugnante deixou de cumprir, apontando apenas a penalidade.

Diz ser impossível a lavratura do AI por meio de presunção.

Alega serem nulos, desproporcionais, confiscatórios e inconstitucionais a multa e os juros aplicados.

Pede que a multa seja afastada ou reduzida ao percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do principal.

Requer, por fim, o cancelamento ou a revisão do presente AI.

São colacionadas aos autos (fls. 51/94), cópias de DANFES emitidos pela Autuada, com intuito de comprovar o cancelamento de notas fiscais autuadas.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 96/103, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 107/124, 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

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer a nulidade do Auto de Infração - AI alegando que há nele diversos vícios e equívocos processuais e materiais.

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 a penalidade aplicada 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.

Ressalta-se que 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 a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, sediada no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09, que dispõe sobre a substituição tributária em relação a operações com mercadorias listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (item 43 até 31/12/15 a partir de 01/01/16, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Capítulo 17) - produtos alimentícios, firmado entre os estados de Minas Gerais e de São Paulo, nas remessas para Minas Gerias, no período de 01/04/15 a 31/01/18.

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

Exige-se, ainda, as Multas Isolada previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c” (pelo destaque a menor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais emitidas - 20% (vinte por cento) sobre a diferença da base de cálculo apurada) e inciso XXXVII (pela falta de destaque da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais emitidas – 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo do imposto não destacada), ambos da Lei nº 6.763/75.

Destaca-se que se exige o ICMS/ST da empresa autuada, remetente das mercadorias, na condição contribuinte substituto tributário, nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09 c/c o art. 12, §1º, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

PROTOCOLO ICMS nº 28, DE 5 DE JUNHO DE 2009

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios.

Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Belo Horizonte, no dia 5 de junho de 2009, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02

Seção II

Da Responsabilidade do Alienante ou do Remetente da Mercadoria pelo Imposto Devido nas Operações Subseqüentes ou na Entrada de Mercadoria em Operação Interestadual

Subseção I

Da Responsabilidade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou grupo de mercadorias, são as identificadas nos seguintes capítulos da Parte 2 deste Anexo:

(...)

As mercadorias objeto da autuação encontram-se listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 28/09 e na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (Capítulo 17), a partir 01/01/16, e no item 43 da referida Parte 2 até 31/12/15:

Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02

17. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

17.1 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Alagoas (Protocolo ICMS 188/09), Amapá (Protocolo ICMS 188/09), Distrito Federal (Protocolo ICMS 30/13), Mato Grosso (Protocolo ICMS 188/09), Paraná (Protocolo ICMS 188/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 188/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 188/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 188/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 28/09).

* Relativamente aos açúcares que não sejam de cana, o âmbito de aplicação é 17.3 (interno)

ITEM	CEST	NBM/SH	DESCRIÇÃO	ÂMBITO DE APLICAÇÃO	MVA (%)
53.0	17.053.00	1905.31.00	Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo; (exceto dos tipos "cream cracker", "água e sal", "maisena", "maria" e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial)	17.1	35
53.1	17.053.01	1905.31.00	Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo dos tipos "maisena" e "maria" e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial; exceto o CEST 17.053.02	17.1	25
53.2	17.053.02	1905.31.00	Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo dos tipos "cream cracker" e "água e sal"	17.1	25
56.0	17.056.00	1905.90.20	Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo dos tipos "cream cracker" e "água e sal"	17.1	25
57.0	17.057.00	1905.32.00	"Waffles" e "wafers" - sem cobertura	17.1	45

43. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

43.1.50	1905.31.00	Biscoitos e bolachas, exceto aqueles dos tipos "maisena" e "maria" sem recheio e/ou cobertura, independente de sua denominação comercial	35
43.1.51	1905.32.00	"Waffles" e "wafers" - sem cobertura	45
43.1.52	1905.32.00	"Waffles" e "wafers" - com cobertura	35
43.1.55	1905.90.20	Outras bolachas, exceto casquinhas para sorvete e as bolachas ou biscoitos dos tipos "cream cracker" e "água e sal" sem recheio e/ou cobertura, independente de sua denominação comercial.	25

Para apuração do ICMS/ST, a Fiscalização corretamente observou as disposições previstas na legislação mineira para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme o disposto na alínea "b", item 3, c/c o § 5º, do art. 19 e art. 20 (para apuração do ICMS/ST devido), ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Informa a Fiscalização que foi considerada a redução da base de cálculo do imposto prevista para as operações internas com as mercadorias:

19	Saída, em operação interna, dos produtos alimentícios:					31/12/2032
----	--	--	--	--	--	------------

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2018 - Redação original:

19	Saída, em operação interna, dos produtos alimentícios:					Indeterminada
----	--	--	--	--	--	---------------

a) relacionados nos itens 6, 7, 10 a 13, 18 a 23, 25, 28, 29 a 34, 55 a 58 e 62, desde que produzidos no Estado, e nos itens 1, 4, 5, 8, 9, 14 a 17, 24, 26, 27, 35 a 37, 44 a 48, 59 a 61, todos da Parte 6 deste anexo, observado o disposto nas alíneas "c" e "d":

ITEM	HIPÓTESE/CONDIÇÕES	REDUÇÃO DE:	MULTIPLICADOR OPCIONAL PARA CÁLCULO DO IMPOSTO (POR ALÍQUOTA)			EFICÁCIA ATÉ:
			18%	12%	7%	

(...)

a.1) nas operações tributadas à alíquota de 18% (dezoito por cento):	61,11	0,07			
a.2) nas operações tributadas à alíquota de 12% (doze por cento):	41,66		0,07		
b) relacionados nos itens 39 a 41, desde que produzidos no Estado, e nos itens 42, 43 e 49 a 54, da Parte 6 deste Anexo.	33,33	0,12			

**PARTE 6
PRODUTOS ALIMENTÍCIOS**
(a que se refere o item 19 da Parte 1 deste Anexo)

ITEM	DESCRIÇÃO/MERCADORIA
------	----------------------

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

(514)	51	Biscoito de maisena
(514)	52	Biscoito de polvilho
(514)	53	Biscoito tipo água e sal
(514)	54	Outros biscoitos não recheados

Conforme consta da coluna “Q” do demonstrativo de apuração do ICMS/ST (Cálculo por item – mídia eletrônica de fls. 23), a Fiscalização considerou para a apuração do ICMS/ST exigido os recolhimentos efetuados pela Autuada.

Quanto ao mérito do lançamento, defende a Impugnante que muitas das notas fiscais autuadas foram canceladas (conforme demonstrativo que apresenta às fls. 28/30 dos autos). Relata também que há outros documentos fiscais cancelados, mas que não foram por ela encontrados por problemas em seu “sistema”.

Com intuito de corroborar a tese defensiva, são colacionadas aos autos cópias de DANFES (fls. 51/94) referentes às notas fiscais por ela emitidas.

Sobre essa discussão, a Fiscalização deixou consignado em sua manifestação às fls. 100/103:

Enfrenta-se, por fim, a alegação da autuada de que as mercadorias de diversas notas fiscais presentes nesta autuação foram recusadas pelos clientes, tendo sido, em diversos casos, emitidas notas fiscais de entrada para a sua anulação.

A autuada, às folhas 28 a 30 deste auto, em sua impugnação, relaciona as notas fiscais que teriam sido anuladas pela recusa das mercadorias por parte dos destinatários. De todas as 61 notas fiscais relacionadas, apenas quatro são objeto desta peça fiscal. Por isto, as outras 57 não serão tratadas aqui.

As quatro notas fiscais que figuram neste auto são as de nº 3002,3006, 3239 e 5684. Na relação acostada, as notas fiscais 3002 e 5684 aparecem diante das expressões “recusada” e “mercadoria não entregue”. Já as de número 3006 e 3239 indicam as notas fiscais de entrada emitidas para a sua anulação de número 3772 e 3777, respectivamente. Colaciona cópia destas últimas às folhas 60 e 65.

Observe-se que, em ambos os casos, com ou sem emissão de notas fiscais de entrada, nenhuma evidência da alegada recusa dos destinatários foi anexada à impugnação. Nenhuma declaração de recusa do contribuinte destinatário, do transportador ou do condutor do veículo nos documentos fiscais originais. Nenhum conhecimento de transporte da ida

e do retorno das mercadorias. Nenhum carimbo de Posto de Fiscalização porventura existente nos trajetos. Estas provas se tornam fundamentais para o atendimento de vários comandos legais presentes no Regulamento do ICMS deste Estado. Veja-se alguns deles. (Grifou-se)

No capítulo dedicado ao crédito do imposto, o artigo 78 aborda o tema em questão, qual seja, o retorno de mercadoria não entregue ao destinatário. Perceba-se que é permitido o trânsito de retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal de saída, permissão está condicionada a declaração expressa do transportador ou do contribuinte do motivo da recusa, conforme artigo 10 do Anexo IX ao RICMS/MG. Além disso, é fundamental que a nota fiscal de entrada seja emitida dentro do prazo de validade da nota fiscal original. Sobre isto ordenam o artigo 78 e seu parágrafo único, combinados com o artigo 10 do Anexo IX, além dos artigos 20 e 62, do Anexo V, todos do RICMS/MG.

Art. 78. O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, dentro do prazo de validade da nota fiscal referenciada; (Grifou-se).

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto".

Parágrafo único. Na hipótese do caput:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída;

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTCR que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no art. 10 da Parte 1 do Anexo IX deste Regulamento;

III - a mercadoria deverá retornar ao estabelecimento dentro do prazo de validade da nota fiscal de que trata o inciso I deste parágrafo. (Grifou-se).

Anexo IX ao RICMS/MG

Art. 10. No retorno, ao estabelecimento remetente, de mercadoria ou bem não entregues, caso o transportador não possua, no local, bloco de conhecimentos de transporte, o conhecimento

original servirá para acobertar a prestação relativa ao retorno, desde que o motivo seja declarado no verso do documento e a declaração seja datada e assinada pelo transportador e, se possível, também, pelo destinatário.

Parágrafo único. Quando da entrada do veículo no estabelecimento transportador, este emitirá o conhecimento correspondente à prestação do serviço de transporte referente ao retorno da mercadoria ou do bem.

Anexo V RICMS

CAPÍTULO III

Da Nota Fiscal a ser Emitida na Entrada de Mercadoria

Art. 20. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem, real ou simbolicamente, bens ou mercadorias:

(...)

V - em retorno quando não forem entregues ao destinatário, hipótese em que conterà as indicações do número, da série, da data da emissão e do valor do documento original.

Anexo V

Art. 62. A nota fiscal referida no § 1º do artigo 78 deste Regulamento terá seu prazo de validade renovado a partir da data da declaração prevista no § 2º do mesmo artigo.

Todos os grifos acima são nossos.

Além desta farta legislação acerca do tema em tela, o fato de a mercadoria ser recusada pelo destinatário não desobriga o contribuinte substituto tributário situado em outra unidade da federação e não inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado do recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Até porque o momento do recolhimento do imposto, neste caso, é o da saída da mercadoria do estabelecimento remetente, ocasião em que não se conhece o fato da recusa da mercadoria pelo destinatário. E, caso a recusa ou não entrega venha a ocorrer, o imposto poderá ser objeto de pedido de restituição, caso comprovada a não efetivação do fato gerador presumido, qual seja a existência de etapas posteriores, condição esta fundamental para a existência do instituto da substituição tributária. Vejamos a norma contida nos artigos 34 e 46, ambos do Anexo XV do RIMS/MG.

Art. 46 O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - o momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente:

a) nas hipóteses dos arts. 12, 13 e 73, 74 e 83 desta Parte, em se tratando de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não-inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS deste Estado. (Grifou-se)

Art. 34. Ocorrendo devolução ou retorno de mercadoria que não tenha sido entregue ao destinatário, cuja saída tenha sido escriturada nos termos do artigo anterior, o sujeito passivo por substituição observará o disposto no artigo 78 deste Regulamento e o seguinte:

I - lançará no livro Registro de Entradas:

a) o documento fiscal relativo à devolução ou ao retorno, com utilização da coluna Operações com Crédito do Imposto, se for o caso;

b) na coluna Observações, na mesma linha do lançamento referido na alínea anterior, o valor da base de cálculo e do imposto retido, relativos à devolução ou ao retorno;

II - no último dia do período de apuração, os valores constantes das colunas relativas ao imposto retido e à base de cálculo serão totalizados, separadamente, por operações internas e interestaduais.

§ 1º - Tratando-se de contribuinte que utilize o sistema de processamento eletrônico de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo a que se refere a alínea "b" do inciso I do caput deste artigo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária" ou o código "ST".

§ 2º - Em se tratando de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, o valor do ICMS recolhido a título de substituição tributária relativo à saída de mercadoria que tenha retornado integralmente ao seu estabelecimento será restituído por meio de pedido de restituição de indébito tributário. (Grifou-se)

Conclui-se, deste último tópico enfrentado, que a emissão de notas fiscais de entrada ou a mera informação não comprovam cabalmente que as mercadorias foram recusadas ou não entregues aos destinatários. E ainda que o comprovassem, não serviriam de motivo para esquivar-se do recolhimento do imposto devido a este Estado por substituição tributária, visto que o momento de seu recolhimento é

o da saída da mercadoria do estabelecimento do remetente, ocasião em que, como já foi dito, não se conhece o fato da possível recusa ou não entrega das mercadorias aos destinatários.

Pois bem, como bem destacado pela Fiscalização, tratando-se a Autuada de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não-inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS deste estado, dispõe o art. 46, inciso I, alínea “a”, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 que o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária será efetuado até o momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente. Confira-se:

Art. 46 O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

I - o momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente:

a) nas hipóteses dos arts. 12, 13 e 73, 74 e 83 desta Parte, em se tratando de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não-inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS deste Estado; (grifou-se).

Nesse diapasão, nos termos da legislação retro, deveria ter a Autuada efetuado o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária no momento da saída da mercadoria do seu estabelecimento, o que não ocorreu em relação às operações autuadas.

Dessa forma, corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, §2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75, bem como das Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c” (pelo destaque a menor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais emitidas - 20% sobre a diferença da base de cálculo apurada) e inciso XXXVII (pela falta de destaque da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas notas fiscais emitidas – 20% sobre a base de cálculo do imposto não destacada), ambos da referida lei:

Art. 55 (...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

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

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

E no caso de devolução ou retorno de mercadoria que não tenha sido entregue ao destinatário, como alega a Defesa, deveria a Impugnante ter procedido nos termos do disposto no §2º do art. 34 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 34. Ocorrendo devolução ou retorno de mercadoria que não tenha sido entregue ao destinatário, cuja saída tenha sido escriturada nos termos do artigo anterior, o sujeito passivo por substituição observará o disposto no artigo 78 deste Regulamento e o seguinte:

I - lançará no livro Registro de Entradas:

a) o documento fiscal relativo à devolução ou ao retorno, com utilização da coluna Operações com Crédito do Imposto, se for o caso;

b) na coluna Observações, na mesma linha do lançamento referido na alínea anterior, o valor da base de cálculo e do imposto retido, relativos à devolução ou ao retorno;

II - no último dia do período de apuração, os valores constantes das colunas relativas ao imposto retido e à base de cálculo serão

totalizados, separadamente, por operações internas e interestaduais.

§ 1º - Tratando-se de contribuinte que utilize o sistema de processamento eletrônico de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo a que se refere a alínea "b" do inciso I do caput deste artigo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária" ou o código "ST".

§ 2º - Em se tratando de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, o valor do ICMS recolhido a título de substituição tributária relativo à saída de mercadoria que tenha retornado integralmente ao seu estabelecimento será restituído por meio de pedido de restituição de indébito tributário. (Grifou-se).

Acresça-se, por oportuno, que os documentos colacionados aos autos pela Defesa, no tocante a este AI não atendem ao disposto na legislação tributária para fins de comprovação do retorno das mercadorias.

Nesse diapasão, conveniente destacar as disposições do art. 78 da Parte Geral c/c art. 10, Parte 1, Anexo IX, ambos do RICMS/02, os quais disciplinam as regras atinentes à recuperação de imposto no caso de o estabelecimento receber mercadoria em retorno integral:

RICMS/02

Art. 78. O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, dentro do prazo de validade da nota fiscal referenciada;

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto".

Parágrafo único. Na hipótese do caput:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída;

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTCR que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no art. 10 da Parte 1 do Anexo IX deste Regulamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - a mercadoria deverá retornar ao estabelecimento dentro do prazo de validade da nota fiscal de que trata o inciso I deste parágrafo.

ANEXO IX - RICMS/02

Art. 10. No retorno, ao estabelecimento remetente, de mercadoria ou bem não entregues, caso o transportador não possua, no local, bloco de conhecimentos de transporte, o conhecimento original servirá para acobertar a prestação relativa ao retorno, desde que o motivo seja declarado no verso do documento e a declaração seja datada e assinada pelo transportador e, se possível, também, pelo destinatário. (Grifou-se).

Parágrafo único. Quando da entrada do veículo no estabelecimento transportador, este emitirá o conhecimento correspondente à prestação do serviço de transporte referente ao retorno da mercadoria ou do bem. (Grifou-se).

Conforme a legislação vigente, é possível verificar que, para solicitar a restituição, o Contribuinte deve emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria; escriturar a nota fiscal no livro de Registro de Entradas; acobertar o retorno com a mesma nota fiscal da saída; utilizar o mesmo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTCRC que tenha acobertado a remessa e que este documento contenha o motivo da devolução no verso, a data e assinatura do transportador, conforme já decidiu este Conselho de Contribuintes. Confira-se:

ACÓRDÃO: 21.750/18/2ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 16.001181067-04

IMPUGNAÇÃO: 40.010143212-03

IMPUGNANTE: CELMAR COMERCIAL E IMPORTADORA LIMITADA

CNPJ: 61.936522/0002-75

ORIGEM: DGP/SUFIS – NCONEXT/SP

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS - DIFERENCIAL DE ALIQUOTA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO ICMS/DIFAL SOB O ARGUMENTO DE NOTA FISCAL RECUSADA PELO CLIENTE EM VIRTUDE DE DIVERGÊNCIA DO CNPJ DO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA. NO ENTANTO, CONSTATOU-SE QUE O PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 78 C/C ART.10, PARTE 1, ANEXO IX AMBOS DO RICMS/02 NÃO FOI OBSERVADO, E PORTANTO NÃO RESTOU EVIDENCIADO A EFETIVA DEVOLUÇÃO DAS MERCADORIAS. NÃO RECONHECIDO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA.

IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. (GRIFOU-SE).

No tocante ao pleito da Defesa de exclusão da Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, sustentando que em nenhum momento a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fiscalização informa qual foi o artigo de lei que ela deixou de cumprir, apontando apenas a penalidade, reporta-se aos fundamentos constantes da manifestação fiscal às fls. 98/99:

(...)

Embora a autuada, ataque dispositivo legal não aplicado a este auto – inciso XXVII do artigo 55 da Lei 6763/75, enfrenta-se a alegação por se referir, muito provavelmente, ao inciso XXXVII da mencionada norma. O ataque à multa isolada aplicada pelo não destaque ou destaque a menor da base de cálculo do ICMS/ST, devido à ausência de capitulação legal da infração cometida, não merece guarida, visto que de uma breve leitura dos campos “Relatório” e “Base Legal/Infringência” da presente peça fiscal denota-se, de maneira cristalina, que a base legal foi robustamente enunciada. A infração que levou à cominação da multa isolada atacada, em especial, encontra-se perfeitamente tipificada no artigo 32, do Anexo XV, do Decreto Estadual nº 43080/02 (RICMS/MG), cuja redação transcreve-se a seguir: (Grifou-se)

Art. 32 O sujeito passivo por substituição deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por ele promovida, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária; (grifou-se)

II - o valor do imposto retido;

III - o seu número de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, se situado em outra unidade da Federação;

IV - o Código Especificador da Substituição Tributária (CEST) previsto para a mercadoria, constante da Parte 2 deste Anexo.

Destarte, a multa isolada prevista no inciso XXXVII, do artigo 55, da Lei Estadual nº 6763/75, deve ser mantida.

É também exigida nestes autos a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, pela falta de atendimento de intimação fiscal (conforme AIAF de fls. 12):

Art. 54 (...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

(...)

Alega a Impugnante que não apresentou a documentação solicitada pelo Fisco, por meio de intimação fiscal, devido ao não recebimento desta, cuja comunicação deu-se por meio de envio do AIAF para caixa postal da Autuada, alegando ser tal meio precário para envio do referido documento. Requer, assim, seja cancelada a multa isolada.

Entretanto, não socorre à Impugnante esta alegação, pois consta dos autos (fls. 11, 13 e 14) Avisos de Recebimentos – ARs do AIAF e do Ofício DFT/Pouso Alegre/nº 029/18 (comunicação de prorrogação do prazo inicial do AIAF), tendo sido ela, portanto, regularmente intimada para a apresentação da documentação, conforme art. 10 do RPTA:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

Assim, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75 - 1.000 (um mil) UFEMGs.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas e dos juros cominados, os quais foram exigidos nos exatos termos previstos na Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA).

Registra-se que a correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic encontra-se de acordo com o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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.

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até

o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento que negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (Ag Int no AREsp nº 908.237/SP – 2016/0105143-6), publicado em 24/10/16, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. RECURSO REPETITIVO. MULTA.

1. "A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DA LEI 9.065/95" (RESP 1.073.846/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/12/2009, JÚLGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73).

Lado outro, no que se refere ao pleito da Impugnante para que as multas aplicadas sejam afastadas ou reduzidas, vale dizer que o benefício não pode ser aplicado em relação às penalidades previstas no art. 55, incisos VII, alínea "c", e XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75, uma vez que a infração a elas referentes resultou em falta de recolhimento do imposto:

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

(...)

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

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 12 de março de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

CS/D