

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.304/19/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000997418-80
Impugnação: 40.010146193-93
Impugnante: Indústria e Comércio de Bebidas Nova Friburgo Ltda
CNPJ: 09.286461/0001-47
Proc. S. Passivo: Élcio Fonseca Reis/Outro(s)
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - BEBIDAS. Constatado que a Impugnante, contribuinte substituto tributário por força do disposto no Protocolo ICMS nº 11/91, deixou de consignar a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária e de reter e recolher o ICMS/ST devido na saída com destino a contribuintes situados neste Estado, de mercadorias (refrigerantes) constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) – BEBIDAS. Constatou-se a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações com mercadorias (refrigerantes) conforme prevê o inciso IV do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências do ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatado que a Autuada deixou de se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais. Infração caracterizada nos termos do disposto na cláusula sétima do Convênio ICMS nº 81/93, c/c a cláusula sétima do Protocolo ICMS nº 11/91 e do art. 40 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de consignação da base de cálculo nas notas fiscais emitidas e do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em operações com mercadorias (refrigerantes), listadas no Capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (até 31/12/15, no item 1 da Parte 2 do referido anexo), destinadas ao estado de Minas Gerais, no período de 01/12/13 a 31/01/18, tendo constado nas notas fiscais pessoas físicas que se revestem da condição de contribuintes do imposto que adquiriram as mercadorias com intuito comercial, conforme preceitos do art. 55, § 1º, do RICMS/02 (art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75), dada à habitualidade e volume de operações (ocorrência 1069002).

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

Consta também do Auto de Infração - AI, a exigência da Penalidade Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75 (ocorrência 1024013), em razão da falta de inscrição estadual da Autuada.

Exige-se, também, o Adicional de Alíquota - Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) previsto no art. 2º, inciso IV do Decreto nº 46.927/15 e respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, no período de 01/02/16 a 31/01/18, no tocante a refrigerantes relacionados nas notas fiscais autuadas (ocorrência 8001001).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/52, requerendo, ao final, a procedência da impugnação.

Da manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 69/74, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Da diligência exarada pela Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG exara a Diligência de fls. 78.

Em atendimento à diligência retro, a Fiscalização acosta aos autos o Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 79/80, cópia de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES referentes às notas fiscais autuadas às fls. 81/90 e mídia eletrônica de fls. 91.

É reaberta vista dos autos à Autuada, nos termos do disposto no art. 120, § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08 (fls. 92/93).

A Autuada manifesta-se às fls. 99/105 e a Fiscalização às fls. 106/108.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 110/141, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Das Preliminares

A Impugnante questiona, preliminarmente, a competência da Delegacia de Trânsito para lavratura do presente Auto de Infração - AI.

Contudo, a organização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais está disciplinada no Decreto nº 45.780/11 e em outras normas estaduais.

Qualquer delegacia fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais pode fiscalizar os tributos de competência do Estado, desde que não conflite com norma vigente e seja acordado na Receita Estadual.

Saliente-se que no presente caso, a atividade de fiscalização foi realizada por Auditor Fiscal em exercício em Delegacia Fiscal de Trânsito, cuja competência específica está discriminada no inciso IV do art. 42 do Decreto nº 45.780/11:

Decreto Nº 45.780/11:

Das Delegacias Fiscais de Trânsito

Art. 42 - As Delegacias Fiscais de Trânsito têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

(...)

IV - executar o controle fiscal dos contribuintes, impor Regime Especial de Controle e Fiscalização e exercer todas as atribuições das Delegacias Fiscais naquelas localidades onde houver acordo prévio com a respectiva Delegacia Fiscal e Superintendência Regional da Fazenda e com a Superintendência de Fiscalização; (Grifou-se).

Assim, não há que se falar em incompetência da Delegacia Fiscal de Trânsito, até porque, o Fiscal é servidor do Estado, e pelo Código Tributário Nacional, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, etc. Examine-se:

Lei Nº 5.172/66:

Código Tributário Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Ressalte-se que foi aberto em 05/04/18, um Acordo de Trabalho (AT) de número 0386885.02 a, com natureza de auditoria fiscal para que o Fiscal autuante lavrasse o AI.

Referido Acordo de Trabalho tinha como objetivo verificar eventuais inconsistências no cálculo, retenção e recolhimento do ICMS/ST, por contribuintes situados em outras UF, referente às mercadorias sujeitas à ST de Protocolo/Convênio, “Especificação da atividade: Falta de pagamento de ST para dois contribuintes de fato, comprovados pela habitualidade e pelos valores das operações”.

Ademais, o Fiscal autuante desenvolveu o trabalho acobertado pela Ordem de Serviço nº 08.180000812-08.

Neste sentido, o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN c/c § 1º do art. 201 da Lei nº 6.763/75 estabeleceram que compete exclusivamente às autoridades fiscais, expressamente indicadas, a responsabilidade do lançamento do crédito tributário decorrente de ação de fiscalização tributária.

Como bem destacado pela Fiscalização, a Lei estadual nº 15.464/05, alterada pela Lei nº 18.040/09, estabelece as atribuições do Auditor Fiscal da Receita Estadual e dentre as atribuições, encontra-se a de constituir, em caráter privativo, mediante lançamento, o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos.

Dessa forma, demonstrado que a lavratura do presente lançamento encontra-se de acordo com o previsto na legislação do Estado de Minas Gerais, afasta-se a arguição de nulidade do lançamento.

A Impugnante alega, também, que o lançamento deve ser declarado nulo pela impossibilidade da rerratificação do lançamento com majoração dos valores exigidos, em face do princípio da imutabilidade do lançamento e da segurança jurídica, asseverando, em síntese, que o erro de direito do Fisco não possibilita a realização de lançamento suplementar. Entende que a revisão do lançamento efetuada não se enquadra dentre as hipóteses autorizativas dos arts. 146 e 149, ambos do CTN.

Entretanto, tais argumentos não merecem prosperar.

No tocante a esses questionamentos da Impugnante sobre a rerratificação do lançamento, traz-se à colação os argumentos da Fiscalização:

(...)

Ao contrário do que alega a impugnante, NÃO HOUVE MAJORAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Os valores são os mesmos. A cobrança da multa isolada por falta de inscrição estadual em Minas Gerais bem como a

cobrança do Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) já haviam sido feitas no PTA com data de 23/05/2018.

O que aconteceu foi que estas informações não constavam no Relatório do Auto de Infração. Por vezes, a Fiscalização elabora um relatório no corpo do Auto de Infração mais resumido e coloca todas as informações mais detalhadas no Relatório Fiscal, anexo ao Auto de Infração. O Relatório Fiscal é parte do Auto de Infração.

Foi o que aconteceu no presente caso. TODAS as informações já estavam contidas no Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração.

Prova de que tal fato não causou nenhum prejuízo para a impugnante é que a mesma não mencionou nada a respeito na sua primeira impugnação.

(...)

Percebe-se da análise dos autos, que não houve majoração do crédito tributário e sequer inclusão de irregularidade (exigência de adicional de alíquota FEM e da Penalidade Isolada pela falta de inscrição estadual), como alegado pela Impugnante, pois referidas exigências já constavam do Demonstrativo do Crédito Tributário - DCT (fls. 05/09).

Com a rerratificação do lançamento, referidas acusações, que já constavam do Relatório Fiscal anexo ao AI (fls. 11 dos autos) e também do campo “ocorrência”, passaram a constar também, de forma expressa, do relatório deste.

Na ocasião, foi devidamente reaberta vista dos autos à Autuada, nos termos do disposto no art. 120, § 1º do RPTA, que se manifestou às fls. 85/105.

Outrossim, referidos ajustes deram-se em razão da diligência determinada pela Assessoria do CC/MG, à qual cabe, para esclarecimento da lide, determinar diligências e despachos interlocutórios, conforme previsão do art. 147, inciso I do RPTA:

Art. 147. Nas hipóteses dos incisos I e II do caput do artigo anterior, a Assessoria do Conselho de Contribuintes:

I - proferirá, dentro de 20 (vinte) dias, despacho interlocutório ou determinação de diligência quando considerá-los necessários ao esclarecimento da lide;

(...)

Dessa forma, não há quer se falar em mudança de critério jurídico, sequer violação do princípio da segurança jurídica, no caso em exame.

Assim sendo, não há óbice à rerratificação do lançamento efetuada pela Fiscalização, até porque é seu dever tomar as medidas necessárias à adequação do lançamento à norma legal, por ser a atividade administrativa vinculada e obrigatória, como prescreve o art. 142 do CTN.

As alegações da Defesa relativas à caracterização dos destinatários das mercadorias como contribuintes do imposto, referem-se ao mérito do lançamento e serão analisadas no momento oportuno.

Por oportuno, cumpre destacar que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo RPTA, que assim disciplina:

SEÇÃO III - DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Mencione-se que nos autos está esclarecido o procedimento fiscal que resultou na identificação da acusação fiscal, o período autuado, a legislação infringida,

as penalidades cominadas, bem como cálculo detalhado do imposto e das penalidades exigidos, dentre outras informações

E a Fiscalização tipificou corretamente as exigências fiscais como se verá na fase meritória.

Por estes fatos e fundamentos, a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, sequer afronta às disposições constantes do CTN.

Da análise do Auto de Infração em apreciação, em face das normas acima transcritas, verifica-se cabalmente que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação, não estando eivado de qualquer pecha de nulidade.

Rejeita-se pois as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de consignação da base de cálculo nas notas fiscais emitidas e do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em operações com mercadorias (refrigerantes), listadas no Capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (até 31/12/15, no item 1 da Parte 2 do referido anexo), destinadas ao estado de Minas Gerais, no período de 01/12/13 a 31/01/18, tendo constado nas notas fiscais pessoas físicas que se revestem da condição de contribuintes do imposto que adquiriram as mercadorias com intuito comercial, conforme preceitos do art. 55, § 1º do RICMS/02 (art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75), dada à habitualidade e volume de operações (ocorrência 1069002).

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

Consta também do Auto de Infração - AI, a exigência da Penalidade Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75 (ocorrência 1024013), em razão da falta de inscrição estadual da Autuada.

Exige-se, também, o Adicional de Alíquota - Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) previsto no art. 2º, inciso IV do Decreto nº 46.927/15 e respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, no período de 01/02/16 a 21/01/18, no tocante a refrigerantes relacionados nas notas fiscais autuadas (ocorrência 8001001).

Destaca-se, inicialmente, que a Impugnante, após questionar a rerratificação do lançamento, alega ter decaído o direito do Fisco em constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2013 a janeiro de 2014, no tocante à exigência do adicional de alíquota FEM, tendo em vista que teve ciência do Termo de Rerratificação em fevereiro de 2019, entendendo aplicável ao caso o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Equivoca-se a Defesa, uma vez que, como mencionado na fase preliminar, a exigência do adicional de alíquotas FEM já constava do Auto de Infração - AI conforme fls. 07/08 dos autos - ocorrência 8001001 (Demonstrativo do Crédito Tributário do AI) antes da rerratificação do lançamento e referida exigência refere-se ao período de 01/02/16 a 31/01/18, diverso do período que alega a Impugnante estar fulminado pela decadência.

Vale ressaltar que a substituição tributária é uma técnica de arrecadação prevista pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e pelo art. 6º da LC nº 87/96, na qual o contribuinte substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o montante relativo à operação subsequente. Examine-se:

Constituição da República (CF/88):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Depreende-se da leitura dos dispositivos supra, que os estados possuem competência para estabelecer, mediante lei, o regime de substituição tributária em relação às mercadorias selecionadas.

Assim, devidamente autorizado, o estado de Minas Gerais instituiu o regime em comento por meio do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria, ou do destinatário ou do usuário do serviço;

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

(...)

A responsabilidade da Autuada em relação ao recolhimento do ICMS ora exigido tem previsão no Protocolo ICMS 11/91 (cláusula primeira) e também no art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 (art. 22, inciso II, da Lei nº 6.763/75), em função da atribuição originária da responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Confira-se:

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.

§ 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:

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015

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

Nos termos do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, conforme redação vigente no período autuado, o estabelecimento industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado Protocolo ou Convênio para a

instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

Entende a Impugnante que há uma total incongruência entre os dispositivos legais citados pela Fiscalização e o suporte fático descrito no relatório fiscal.

Nesse sentido, sustenta que a Fiscalização basicamente imputa à Autuada suposta venda de mercadorias para consumidores finais localizados no estado de Minas Gerais e que, para o Fisco, seriam contribuintes do ICMS, tendo em vista a habitualidade e o volume das operações realizadas.

Argui a Impugnante, no tocante ao adquirente (indicado Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 119), que a Fiscalização alega que teriam sido efetuadas 112 (cento e doze) operações com ele. E em relação à adquirente (indicada em tal Parecer, também às fls. 119), o total das operações seria de 33 (trinta e três).

Diz a Impugnante que “a presunção utilizada pelo Fisco, contida no art. 55, § § 1º e 2º, do RICMS/02, é uma presunção relativa, que possui caráter eminentemente probatório, ou seja, é a previsão, pelo legislador, que, salvo prova em contrário, a ocorrência de um determinado fato faz pressupor a existência de outro, ao qual estão vinculadas certas consequências jurídicas. Existe uma valoração das provas, mas todas elas fixadas em lei”.

Sustenta que a presunção do Fisco não se sustenta, uma vez que a habitualidade e volume das operações não denotam que os adquirentes efetuavam as compras das mercadorias com destino à revenda.

Argui que para o referido adquirente, no decorrer de todo o período autuado (49 - quarenta e nove) meses, a média de aquisições foi de pouco mais de duas por mês. E que, no caso da citada adquirente, a média de compras foi de uma a cada dois meses.

Argumenta que, a partir de compras tão espaçadas, não é crível que a Impugnante, remetente das mercadorias, presumisse que tais vendas seriam destinadas à revenda.

Ressalta que, segundo informações dos adquirentes, as mercadorias adquiridas eram sempre utilizadas em eventos privados, sem qualquer comercialização subsequente. E nas vendas realizadas foram sempre destacadas as alíquotas internas (venda a consumidor final, conforme CF/88, antes da Emenda Constitucional nº 87).

Entende que a presunção relativa utilizada pelo Fisco não se sustenta, sendo indevida a caracterização dos adquirentes como contribuintes do ICMS.

A Fiscalização, por sua vez, deixou consignado o seguinte, quanto a esses argumentos da Defesa:

(...)

Segundo a impugnante, a habitualidade e o volume das operações não denotam que os adquirentes efetuavam as compras das mercadorias com destino à

revenda. No caso do adquirente (...), a média de aquisições foi de pouco mais de duas NFES por mês, enquanto que no caso da adquirente (...), essa média foi de uma compra a cada dois meses. Ademais, segundo informações dos adquirentes, as mercadorias adquiridas eram sempre utilizadas em eventos privados, sem qualquer comercialização subsequente.

O art. 55 do RICMS/MG diz que contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto e que a condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial.

Diz ainda que entende-se por habitualidade, para fins de tributação, a prática de operações que importem em circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, a qual, pela sua repetição, induz à presunção de que tal prática constitui atividade própria de contribuinte regular.

Fica claro para esta fiscalização de que a alegação de que tais mercadorias seriam para consumo em eventos privados não procede. Mostraremos abaixo através de algumas contas básicas.

No período entre dezembro de 2013 a janeiro de 2018 foram emitidas 112 NFE's para (...), totalizando 147.557 fardos com 6 refrigerantes de 2 litros cada. Isto dá um total de 1.770.684 (um milhão setecentos e setenta mil e seiscentos e oitenta e quatro) litros. Dividindo este valor por 50 meses, temos uma média de 35.413,68 litros por mês, o que daria 1.180,45 litros por dia!

Fazendo o mesmo raciocínio para a (...) temos 33 NFE's totalizando 39.300 fardos com 6 refrigerantes de 2L cada. Total de 471.600 litros no período entre outubro de 2014 a agosto de 2017. Média de 13.474,28 litros por mês e 449,14 litros por dia.

Para corroborar nosso raciocínio, a empresária (...), para cujo estabelecimento foram destinadas 33 (trinta e três) operações de vendas de mercadorias por parte da Autuada, obteve, a partir de 20/10/2017, junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS deste estado, a inscrição estadual para um estabelecimento com atividade de "Serviço de Catering, Bufê e Outros Serviços de Comida Preparada - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para

consumo domiciliar” (CNAE-Fiscal 5620-1/04), situado na Rua (...) nº (...), Térreo, bairro (...), na cidade de Leopoldina/MG (Inscrição Estadual nº (...) e CNPJ nº (...). Desde que conseguiu sua inscrição estadual, não foram mais emitidas notas fiscais para o CPF da mesma.

Além do mais, o contribuinte autuado poderia ter pedido regime especial capitulado no art. 47-C do Anexo XV do RICMS/MG e destacar a ST mesmo nas vendas para CPF. Não cabe, de forma alguma a alegação de que tais vendas seriam para consumo em eventos privados. Por que não demonstrou nos autos em questão a realização de tais eventos?

(...)

(Destacou-se).

Pois bem, para a procedência ou não das exigências fiscais importa analisar a caracterização ou não da prática de habitualidade das operações ou em volume que caracterize intuito comercial.

Para efeito de análise quanto à caracterização de habitualidade e volume de operações, a Impugnante sustenta que em relação ao adquirente (...), no decorrer de todo o período autuado (49 - quarenta e nove) meses, a média de aquisições foi de pouco mais de duas por mês. E, no caso da adquirente (...), a média de compras foi de uma a cada dois meses.

Vale frisar que o § 1º do dispositivo regulamentar retro disciplina que é a habitualidade ou o volume a caracterizar o intuito comercial e não apenas a habitualidade. Noutras palavras, não é exigida a ocorrência dos dois requisitos para fins de tributação.

O mesmo pode se interpretar com o disposto no § 3º do mesmo artigo que também cita a conjunção “ou”, *in verbis*:

Art. 55. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação referidas no *caput* deste artigo.

(...)

§ 3º Os requisitos de habitualidade ou de volume que caracterize intuito comercial não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos III a VII, X e XI do artigo 1º deste Regulamento.

Na mesma linha, dispõe o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

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

No caso dos autos, restou demonstrado e comprovado o volume e/ou frequência (habitualidade) que caracteriza intuito comercial das operações, como bem destacado pela Fiscalização.

Frisa-se que, no período entre dezembro de 2013 a janeiro de 2018, foram emitidas, pela Autuada, 112 (cento e doze) Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) para o adquirente (...), totalizando 147.557 (cento e quarenta e sete mil, quinhentos e cinquenta e sete) fardos com 6 (seis) refrigerantes de 2 (dois) litros cada, totalizando 1.770.684 (um milhão setecentos e setenta mil e seiscentos e oitenta e quatro) litros da bebida (em média, 35.413,68 litros por mês - 1.180,45 litros por dia).

Destaca-se, também, que para a adquirente (...), foram emitidas 33 (trinta e três) Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) totalizando 39.300 (trinta e nove mil e trezentos) fardos com 6 (seis) refrigerantes de 2 litros (totalizando 471.600 litros no período entre outubro de 2014 a agosto de 2017 – correspondente em média a 13.474,28 litros por mês e 449,14 litros por dia).

Acresça-se que a adquirente (...) obteve, a partir de 20/10/17, junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS deste estado, a inscrição estadual para um estabelecimento com atividade de “Serviço de Catering, Bufê e Outros Serviços de Comida Preparada - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para consumo domiciliar” (CNAE-Fiscal 5620-1/04). E, a partir da referida data, não foram mais emitidas, pela Autuada, notas fiscais constando o CPF da referida adquirente.

A análise da quantidade dos itens constantes dos documentos fiscais demonstra certa uniformidade do volume em grandes quantidades, caracterizando uma variável bem determinante para isoladamente definir a mercancia (conforme notas fiscais colacionadas aos autos por amostragem às fls. 81/90 e excerto do demonstrativo de apuração do imposto, coluna “Quant.” constante do Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 123.

Já no tocante à frequência, privilegiando a razoabilidade, por todos os elementos dos autos, mostra-se público e notório que, à luz das operações praticadas pela empresa, a reiteração de operações em volume considerável (112 - cento e doze notas fiscais para o adquirente e 33 - trinta e três notas fiscais para a adquirente) de documentos fiscais emitidos ao longo do período autuado foge ao padrão de compras efetuadas por consumidor final.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, seja pelo volume ou pela frequência (habitualidade) das operações, resta caracterizado o intuito comercial das aquisições.

Nesse diapasão, vale destacar que o regime de substituição tributária disciplinado no Anexo XV do RICMS/02 aplica-se em relação a qualquer produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do referido Anexo, desde que integre a respectiva descrição, ressalvadas as hipóteses de inaplicabilidade da substituição tributária previstas na legislação.

Vale dizer, ainda, tendo em vista a alegação da Defesa de que os adquirentes informaram-lhe que as mercadorias adquiridas eram sempre utilizadas em eventos privados e em razão de a adquirente (...) desempenhar a atividade de “serviço de Catering, Bufê e Outros Serviços de Comida Preparada - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para consumo domiciliar”, que o fornecimento de alimentação e bebidas sujeita-se à incidência do ICMS, por força do disposto no item 1 e na alínea “b” do item 2, ambos do § 1º, art. 5º da Lei nº 6.763/75.

Ainda, na hipótese do fornecimento de alimentação ou bebida com prestação de serviço, a incidência do imposto estadual ocorre nos termos da alínea “b”, item 2, § 1º, art. 5º da Lei mencionada, tendo em vista que o subitem 17.11 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 contém ressalva expressa de incidência do ICMS sobre o fornecimento de mercadoria:

17.11 - Organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS).

Desse modo, há incidência do ICMS no fornecimento de alimentação e bebidas, por força dos dispositivos mencionados e da regra contida no art. 1º, inciso I, c/c inciso II, alínea “b”, do RICMS/02.

A mercadoria objeto das exigências fiscais, os preços médios ponderados a consumidor final (PMPFs) utilizados para apuração da base de cálculo do ICMS/ST, a alíquota do ICMS exigido por substituição tributária no percentual de 18% (dezoito por cento), dentre outras informações, encontra-se listada nos demonstrativos de apuração constantes das fls. 13/30 e 91 dos autos.

Para apuração do ICMS/ST ora exigido, em relação às operações autuadas, 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 1, do art. 19 e art. 20 (para apuração do ICMS/ST devido), ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a saber:

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

I - em relação às operações subsequentes:

(...)

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

(...)

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

(...)

Ressalta-se que a Fiscalização, na apuração do ICMS devido por substituição tributária, corretamente abateu o ICMS operação própria com a aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento), mesmo nos casos em que a Autuada incorretamente destacou a alíquota no percentual de 17% (dezessete por cento), prevista para as operações internas no estado de São Paulo, entendendo, também incorretamente, que as mercadorias eram destinadas a consumidor final neste Estado.

Argui a Defesa que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária adotada pela Fiscalização é ilegal e inconstitucional, uma vez que as Margens de Valor Agregado - MVAs estão previstas em decreto e também que o Executivo mineiro desconsiderou os critérios de determinação de base de cálculo do ICMS/ST fixados na Lei Complementar nº 87/96, fixando os preços médios ponderados estabelecidos nas Portarias SUTRI.

Sem razão à Defesa, conforme se verá.

Nesse diapasão, importante trazer à colação o disposto no art. 8º, inciso II, alínea “c”, c/c § 4º, da LC nº 87/96:

Art. 8º. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

§ 4º. A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

(Grifou-se).

Como se vê, de fato a alínea “c” retro versa sobre a Margem de Valor Agregado a ser considerada, dentre outras parcelas (alíneas a e b), para fins de obtenção da base de cálculo do imposto em regime de substituição tributária.

Em regra, “a base de cálculo, para fins de substituição tributária, será em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório do valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário; do montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço; e da margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes” (art. 8º, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”).

Já o § 4º acima diz que a MVA (alínea “c”) será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado.

Contudo, percebe-se que se equivoca a Impugnante em suas alegações, pois o § 6º do art. 8º, da referida lei, contempla regra diversa e excludente daquela prevista no inciso II do *caput*. Confira-se:

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do **caput**, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

No caso, é essa última regra que sustenta a exigência do ICMS devido por substituição tributária com apuração por meio da utilização do PMPF.

Assim, constata-se que a utilização do PMPF para apuração da base de cálculo do imposto encontra-se fundamenta na legislação tributária, especialmente no § 6º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, na Lei estadual nº 6.763/75 e no 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 7º Para obtenção da base de cálculo, nos casos de responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária, será observado o disposto nos §§ 19 a 21 do artigo 13.

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 19. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

2. em relação a operação ou prestação subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c) a margem de valor agregado, nela incluída parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subsequentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 20. Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.

§ 21 Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo esse preço.

(...)

§ 29 - Em substituição ao disposto no item 2 do § 19 deste artigo, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadoria ou a sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas na alínea "c" do mesmo item. (Grifou-se).

Conforme consta do § 3º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) será fixado com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Dessa forma, o PMPF atende ao disposto na legislação acima mencionada, e encontra-se em consonância as disposições legais acerca da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

Portanto, fica claro que o PMPF não se confunde com pauta fiscal, uma vez que seus valores não são determinados, unilateralmente, pelo Fisco.

Repisa-se que tal procedimento distingue-se da fixação de pauta fiscal, a que se refere a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, não se cogitando, portanto, da aplicação desta no caso em comento, como arguido pela Defesa.

Não é cabível, também, a alegação de que os valores estipulados para o PMPF não guardam relação com os preços reais praticados no mercado pelos contribuintes substituídos, já que tais valores são fixados com base em preços usualmente praticados no mercado.

Portanto, não são os referidos valores fixados aleatoriamente deixando de guardar relação com o fato que se quer tributar.

Sendo assim, confirma-se o entendimento de que não trata o PMPF de pauta fiscal, o que termina por não ferir a liberdade econômica e de livre concorrência.

Cabe, ainda, destacar o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Recurso Especial Nº 1.192.409 - SE (2010/0082311-8), em situação análoga a dos presentes autos:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

COMPETE À LEGISLAÇÃO LOCAL A INDICAÇÃO DO TERCEIRO PARTÍCIPE DA CADEIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRODUTOS COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DO ART. 128 DO CTN E DO ART. 6º DA LC 87/96.

DISTINGUE-SE A PAUTA FISCAL DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (PREÇO DA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) POR OPERAÇÃO PRESUMIDA. AQUELA, REPUDIADA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, IMPÕE ARBITRARIAMENTE O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO EM CARÁTER GERAL;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESTA, UTILIZADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, PRESSUPÕE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LEGITIMANTE, CONTROLE DO CONTRIBUINTE E ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS INSTITUÍDOS NA LC 87/96, ART. 8º, II, C E §§ 2 E 3º.

ESTA CORTE ADMITE A UTILIZAÇÃO DOS PREÇOS INDICADOS NA REVISTA ABC FARMA NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NA CIRCULAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (GRIFOU-SE)

Em voto proferido no mesmo recurso especial, esclarece-se a diferença entre a pauta fiscal com a fixação de valores presumidos para operações futuras, no caso o PMC. Veja-se:

A PAUTA FISCAL É INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO QUE DISTORCE A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO PORQUE DESCONSIDERA O EFETIVO VALOR DA OPERAÇÃO. SÃO FIXADAS UNILATERALMENTE PELO FISCO SEM PRÉVISÃO DE CONTROLE POR PARTE DO CONTRIBUINTE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO QUE SE LHE ASSEGURE O DEVIDO PROCESSO.

A FIXAÇÃO DE VALORES A SEREM CONSIDERADOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, DIFERENTEMENTE, É PREVISTO NA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TRAZ BALIZAS OBJETIVAS E RAZOÁVEIS PARA A ELEIÇÃO CRITERIOSA DA BASE DE CÁLCULO A SER CONSIDERADA NA OPERAÇÃO FUTURA. ADEMAIS, É PASSÍVEL DE IMPUGNAÇÃO PELO CONTRIBUINTE, CASO OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEGISLAÇÃO LOCAL NÃO ATENDAM AOS LINDES NORMATIVOS DA LC 87/96.

PORTANTO, HÁ QUE SE DISTINGUIR ENTRE PAUTA FISCAL, INSTRUMENTO DE ARRECADAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E COMO TAL RECHAÇADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE COM A FIXAÇÃO DE VALORES PRESUMIDOS DE OPERAÇÕES FUTURAS, SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E AMPLAMENTE ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COMO EXEMPLIFICA OS SEGUINTE PRECEDENTES:

TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

ATAQUE A LEI EM TESE. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS.

RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(RMS 27.749/PR, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 25/06/2009)

TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - LATÕES DE SORVETE - BASE DE CÁLCULO - 70% DO VALOR AGREGADO AO PREÇO DO FABRICANTE - PREVISÃO EM LEI ESTADUAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LC 87/96.

1. A LEI COMPLEMENTAR 87/96 PRESCREVE CRITÉRIOS À OBTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, OS QUAIS DEVEM SER OBSERVADOS PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

2. HIPÓTESE EM QUE A LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ESTABELECE COMO BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA 70% DO VALOR AGREGADO AO PREÇO DO FABRICANTE NA OPERAÇÃO FINAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 8º, II, C, §§ 2º E 4º, DA LC 87/96.

3. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

(RESP 952.883/RJ, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 17/03/2009, DJE 25/05/2009)

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado, legítimas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Art. 55 - (...)

(...)

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, 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;

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017

"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;"

Correta também as exigências relativas ao Adicional de Alíquota – Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) previsto no art. 2º, inciso IV do Decreto nº 46.927/15 e respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, no período de 01/02/16 a 31/01/18, no tocante aos refrigerantes relacionados nas notas fiscais autuadas (ocorrência 8001001).

Sobre o referido adicional, importante destacar, ainda, os esclarecimentos contidos na "Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 003/2016", atualizada em 04/05/16:

1. Considerações Gerais

O Decreto nº 46.927/2015 dispõe sobre o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, com vistas a financiar o Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, previsto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República e no art. 12 - A da Lei nº 6.763/1975, na redação dada pela Lei nº 21.781/2015.

Conforme estabelece o referido decreto, o adicional de alíquota deve ser aplicado nas operações internas que

tenham como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, realizadas até 31 de dezembro de 2019, com as seguintes mercadorias:

I – cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

II – cigarros, exceto os embalados em maço, e produtos de tabacaria;

III – armas classificadas nas posições 93.02, 93.03, 93.04 e 93.07 da NBM/SH;

V – refrigerantes, bebidas isotônicas e bebidas energéticas;

V – rações tipo pet;

I – perfumes, águas-de-colônia, cosméticos e produtos de toucador, assim consideradas todas as mercadorias descritas nas posições 33.03, 33.04, 33.05, 33.06 e 33.07 da NBM/SH, exceto xampus, preparados antissolares e sabões de toucador de uso pessoal;

VII – alimentos para atletas, assim considerados os constantes dos incisos III a VIII do art. 4º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 18, de 27 de abril de 2010 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

VIII – telefones celulares e smartphones;

IX – câmeras fotográficas ou de filmagem e suas partes ou acessórios;

X – as varas de pesca, anzóis e outros artigos para a pesca à linha, bem como as iscas e chamarizes (exceto os das posições 92.08 e 97.05), classificados na posição 95.07 da NBM/SH;

XI - equipamentos de som ou de vídeo para uso automotivo, inclusive alto-falantes, amplificadores e transformadores.

Ressalte-se que o adicional de alíquota deve ser aplicado também nas operações interestaduais que tenham como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, e na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação, nos termos do art. 3º do decreto em referência

2. Perguntas e respostas

I – Aplicabilidade

1 – Em que consiste o adicional de alíquota do FEM?

R: Trata-se de adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do RICMS/2002, para financiamento do Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), em atendimento ao disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

2 – Em quais operações se aplica o adicional de alíquota do FEM?

R: Nas operações internas ou interestaduais que tenham como destinatário consumidor final, localizado neste Estado, contribuinte ou não do ICMS, e na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação, realizadas até 31 de dezembro de 2019.

(...) (Grifou-se).

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais -TJMG, analisando o Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.046822-9/001, relativo à Declaração de Inexistência de Relação-Jurídico-Tributária, na qual se discutia a legalidade da exigência do adicional FEM, deixou consignado que tal fundo encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico, ressaltando apenas a análise posterior acerca da classificação fiscal das mercadorias no caso analisado naquela sentada. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - PRODUTOS SUPÉRFLUOS - ADICIONAL DE 2% NA ALÍQUOTA DO ICMS - FUNDO DE COMBATE À POBREZA - ART. 82, §1º, ADCT - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 91/06 - LEI ESTADUAL Nº 19.990/11 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS DO ART. 300 DO NCPC - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

I - O ADICIONAL NA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS E SERVIÇOS SUPÉRFLUOS TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL, ESPECIFICAMENTE NO ART. 82, §1º, DO ADCT, PODENDO OS ENTES FEDERADOS INSTITUIR FUNDOS DE COMBATE À POBREZA POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR.

II - NO ESTADO DE MINAS GERAIS VIGORA A LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06, A QUAL DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS E, POSTERIORMENTE, EDITADA A LEI Nº 19.990/11, DISPONDO, POR SUA VEZ, ESPECIFICAMENTE ACERCA DO FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA.

III - ASSIM, APARENTEMENTE, AS NORMAS CONFRONTADAS ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO, ALÉM DE GOZAREM DE PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSTITUCIONALIDADE, SENDO NECESSÁRIO O PROSEGUIMENTO DO FEITO E UMA MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. LOGO, AUSENTE A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, ALÉM DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, DESSA FORMA, A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA É MEDIDA QUE SE IMPÕE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.16.046822-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): MAGAZINE LUIZA SA - AGRAVADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A 7ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. WILSON BENEVIDES (RELATOR)

VOTO

TRATA-SE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO POR MAGAZINE LUIZA S/A, VISANDO À REFORMA DA DECISÃO DE ORDEM Nº 03, PROFERIDA PELO MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE FEITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DA COMARCA DE BELO HORIZONTE, QUE, NOS AUTOS DA DENOMINADA "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO" AJUIZADA EM FACE DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AOS ADICIONAIS DO ICMS INSTITUÍDOS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 21.781/15.

EM SUAS RAZÕES RECURSAIS (ORDEM Nº 01), A AGRAVANTE INFORMA SER PESSOA JURÍDICA DEDICADA AO COMÉRCIO VAREJISTA, REVENDENDO COMPUTADORES, TELEFONES CELULARES, SMARTPHONES, TABLETS E OUTROS PRODUTOS DE INFORMÁTICA, ELETRODOMÉSTICOS, MÓVEIS, DENTRE OUTROS PRODUTOS.

ARGUI QUE, EM CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 82, §1º, DO ADCT, O AGRAVADO CRIOU O ADICIONAL DE ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE PRODUTOS DENOMINADOS SUPÉRFLUOS.

NESSE SENTIDO, INFORMA QUE A LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 21.781/15, PASSOU A EXIGIR O RECOLHIMENTO DE ADICIONAL DE 2% (DOIS POR CENTO) NA ALÍQUOTA DO ICMS INCIDENTE SOBRE PARTE DOS PRODUTOS QUE COMERCIALIZA.

ASSEVERA SER A COBRANÇA INDEVIDA E INCONSTITUCIONAL, PORQUANTO O ESTADO DE MINAS GERAIS AO DETERMINAR A COBRANÇA DO, AINDA NÃO TERIA CRIADO FORMALMENTE O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA MENCIONADO NO ART. 82, §1º, DO ADCT, AO QUAL SERIA DESTINADA A RECEITA DECORRENTE DE SUA EXIGÊNCIA, BEM COMO PONTUA A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DO ALUDIDO FUNDO ESTADUAL ATRAVÉS DE LEI COMPLEMENTAR.

DESSE MODO, PROPUGNA A NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATÉ O JULGAMENTO DA DEMANDA, NOTADAMENTE PORQUE NO PRESENTE CASO HAVERIA NOTÓRIO DESVIRTUAMENTO DO DESÍGNIO CONSTITUCIONAL DE ONERAR APENAS PRODUTOS SUPÉRFLUOS, ASSIM COMO A INICIATIVA ARRECADATÓRIA EXTRAPOLARIA A AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA COBRANÇA DO ADICIONAL DE ALÍQUOTA DO ICMS.

ANTE O EXPOSTO, REQUER A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. NO MÉRITO, PUGNA PELO PROVIMENTO DO AGRAVO PARA REFORMAR A DECISÃO COMBATIDA, SUSPENDENDO A EXIGIBILIDADE DA COBRANÇA, OU EVENTUALMENTE, A SUSPENSÃO DA COBRANÇA INCIDENTE SOBRE CELULARES, SMARTPHONES E CÂMARAS FOTOGRÁFICAS E DE FILMAR, INCLUSIVE SEUS ACESSÓRIOS, PARTES E PEÇAS.

(...)

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

INSURGE-SE O AGRAVANTE CONTRA DECISÃO LIMINAR QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PLEITEADA, CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AOS ADICIONAIS DO ICMS INSTITUÍDOS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 21.781/15.

(...)

NA ESPÉCIE, MANTENHO O POSICIONAMENTO FIRMADO NA APRECIÇÃO DO PEDIDO LIMINAR, MORMENTE DIANTE DA AUSÊNCIA DE QUAISQUER NOVOS ELEMENTOS FÁTICOS OU JURÍDICOS CAPAZES DE REFUTAR OS ARGUMENTOS OUTRORA EXPOSTOS.

POIS BEM.

O ADICIONAL NA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS E SERVIÇOS SUPÉRFLUOS TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL, ESPECIFICAMENTE NO ART. 82, §1º, DO ADCT, PODENDO OS ENTES FEDERADOS INSTITUIR FUNDOS DE COMBATE À POBREZA POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR. SENÃO, VEJAMOS:

(...)

NESSE SENTIDO, O ESTADO DE MINAS GERAIS EDITOU A LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06 (ORDEM Nº 28), A QUAL DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS E, POSTERIORMENTE, EDITOU A LEI Nº 19.990/11

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(ORDEM Nº 29), DISPONDO, POR SUA VEZ, ESPECIFICAMENTE ACERCA DO FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA. CONFIRA-SE:

LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06

DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS.

ART. 1º A INSTITUIÇÃO, A GESTÃO E A EXTINÇÃO DE FUNDO DE QUALQUER NATUREZA SUBMETEM-SE ÀS NORMAS ESTABELECIDAS NESTA LEI COMPLEMENTAR.

LEI Nº 19.990/11

ART. 1º FICA CRIADO O FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA - FEM -, DE FUNÇÃO PROGRAMÁTICA, COM O OBJETIVO DE CUSTEAR PROGRAMAS E AÇÕES SOCIAIS DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA E DA EXTREMA POBREZA.

[...]

ART. 2º CONSTITUEM RECURSOS DO FEM: [...]

VII - RECEITAS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 82 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA FORMA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ESPECÍFICA; [...] (GRIFOS NOSSOS).

DESSA FORMA, A LEI Nº 6.763/75, QUE CONSOLIDA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, SOFREU ALTERAÇÕES POR MEIO DA LEI Nº 21.781/15, PARA PREVER O ADICIONAL DE 2% NA ALÍQUOTA DO ICMS MINEIRO.

ART. 12-A. FICA ESTABELECIDO, PARA OS FINS DO DISPOSTO NO §1º DO ART. 82 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, COM VIGÊNCIA ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2019, O ADICIONAL DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS NA ALÍQUOTA PREVISTA PARA A OPERAÇÃO INTERNA QUE TENHA COMO DESTINATÁRIO CONSUMIDOR FINAL, CONTRIBUINTE OU NÃO DO IMPOSTO, COM AS MERCADORIAS ABAIXO RELACIONADAS, INCLUSIVE QUANDO A ALÍQUOTA FOR FIXADA NO REGULAMENTO DO IMPOSTO:

I - CERVEJAS SEM ÁLCOOL E BEBIDAS ALCOÓLICAS, EXCETO AGUARDENTES DE CANA OU DE MELAÇO;

II - CIGARROS, EXCETO OS EMBALADOS EM MAÇO, E PRODUTOS DE TABACARIA;

III - ARMAS;

IV - REFRIGERANTES, BEBIDAS ISOTÔNICAS E BEBIDAS ENERGÉTICAS;

V - RAÇÕES TIPO PET;

VI - PERFUMES, ÁGUAS-DE-COLÔNIA, COSMÉTICOS E PRODUTOS DE TOUCADOR, EXCETO XAMPUS, PREPARADOS ANTISSOLARES E SABÕES DE TOUCADOR DE USO PESSOAL;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - ALIMENTOS PARA ATLETAS;

VIII - TELEFONES CELULARES E SMARTPHONES;

IX - CÂMERAS FOTOGRÁFICAS OU DE FILMAGEM E SUAS PARTES OU ACESSÓRIOS;

X - EQUIPAMENTOS PARA PESCA ESPORTIVA, EXCETO OS DE SEGURANÇA;

XI - EQUIPAMENTOS DE SOM OU DE VÍDEO PARA USO AUTOMOTIVO, INCLUSIVE ALTO-FALANTES, AMPLIFICADORES E TRANSFORMADORES. (GRIFOS NOSSOS).

SENDO ASSIM, IN CASU, AUSENTE A PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE, TENDO EM VISTA QUE, APARENTEMENTE, AS NORMAS CONFRONTADAS ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO, ALÉM DE GOZAREM DE PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE, SENDO NECESSÁRIO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, QUANDO, APÓS DILAÇÃO PROBATÓRIA, PODER-SE-Á ANALISAR AS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE COM MAIOR CERTEZA DA CONSECUÇÃO DE SEUS DIREITOS.

NESSE SENTIDO, APESAR DE O RECORRENTE ALEGAR QUE, CASO O DECISUM GUERREADO NÃO SEJA MODIFICADO LIMINARMENTE EM SEDÊ RECURSAL, PERMANECERÁ SUJEITO À EXIGÊNCIA DO ADICIONAL DO ICMS NO PATAMAR DE 2%, O AGRAVANTE NÃO LOGROU ÊXITO EM DEMONSTRAR A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE ALGUM DANO CONCRETO A JUSTIFICÁ-LO, CONSIDERANDO QUE EM CASO DE POSTERIOR ANULAÇÃO DO DÉBITO FISCAL, OS EVENTUAIS VALORES PAGOS A TÍTULO DE ICMS, LHE SERÃO DEVIDAMENTE RESTITUÍDOS.

ADEMAIS, REVELA-SE NECESSÁRIO MAIOR ESCLARECIMENTO A RESPEITO DA CLASSIFICAÇÃO DOS PRODUTOS COM OS QUAIS O RECORRENTE COMERCIALIZA, SE ELES SÃO REALMENTE SUPÉRFLUOS OU NÃO. DESTAQUE-SE AINDA, AUSÊNCIA DO DEPÓSITO JUDICIAL EM DINHEIRO DO VALOR INTEGRAL DISCUTIDO, COM O FITO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO, CONFORME DISPÕE O ART. 151, II, DO CTN.

LOGO, PRIMA FACIE, NÃO HÁ FALAR EM SUSPENSÃO DO ADICIONAL DE 2% (DOIS POR CENTO) NA ALÍQUOTA DE ICMS INCIDENTE SOBRE OS PRODUTOS QUALIFICADOS COMO SUPÉRFLUOS (LEI ESTADUAL Nº 21.781/15, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 12-A, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75), POSTO QUE, AUSENTES TAMBÉM OS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR PLEITEADA. ASSIM, EM RAZÃO DOS ELEMENTOS ATÉ ENTÃO EXISTENTES, TORNA-SE MAIS PRUDENTE QUE SE AGUARDE UMA MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA, ALÉM DA INSTAURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

MEDIANTE TAIS CONSIDERAÇÕES, NEGO PROVIMENTO AO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECURSO, MANTENDO INCÓLUME A DECISÃO ORA ATACADA.

CUSTAS PELO AGRAVANTE.

DESA. ALICE BIRCHAL - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).
DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - DE ACORDO COM O(A)
RELATOR(A).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO."

(GRIFOU-SE).

Ressalta-se que a multa isolada exigida é inferior ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (duas vezes o valor do imposto incidente).

Questiona a Autuada inadequação da multa aplicada e diz ser referida penalidade confiscatória.

Quanto ao tipo penal, correta sua adequação ao caso concreto, observada a legislação vigente à época dos fatos, conforme dispõe o art. 144, caput, do CTN.

Ainda, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista claramente na legislação estadual e encerra uma conduta infracional exatamente coincidente com aquela imputada à Impugnante.

E em relação ao referido argumento da Defesa, 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, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I, do RPTA, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

RPTA

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO,

PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

É exigida, ainda, da Impugnante, a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75, pela falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I - por falta de inscrição: 500 (quinhentas) UFEMGs;

A infração encontra-se plenamente caracterizada nos termos do disposto na Cláusula sétima do Convênio ICMS 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*), c/c a cláusula sétima do Protocolo ICMS 11/91 e do art. 40 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Convênio ICMS 81/93

Cláusula sétima Poderá ser concedida ao sujeito passivo por substituição definido em Protocolo e Convênio específico inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda, Finanças ou Tributação da unidade da Federação destinatária das mercadorias, mediante remessa dos seguintes documentos: (Nova redação dada pelo Conv. ICMS 114/03)

Protocolo ICMS 11/91

Cláusula sétima O Estado de destino poderá atribuir ao sujeito passivo por substituição número de inscrição e código de atividade econômica no seu cadastro de contribuintes.

§ 1º O número de inscrição a que se refere esta cláusula deve ser apostado em todo documento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dirigido à unidade da Federação de destino, inclusive no de arrecadação.

§ 2º Para os fins previstos no caput, o sujeito passivo por substituição remeterá à Secretaria da Fazenda ou Finanças da unidade da Federação de destino:

1. cópia do instrumento constitutivo da empresa; e
2. cópia do documento de inscrição no Cadastro Geral do Contribuinte do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (CGC);
3. outros documentos que a unidade da Federação de destino considerar necessários, desde que divulgue tal exigência mediante publicação na imprensa oficial da unidade da Federação.

Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 40. O sujeito passivo por substituição domiciliado em outra unidade da Federação deverá inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, observado o disposto em portaria da Subsecretaria da Receita Estadual.

Correta, portanto, a exigência da Penalidade Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 28 de maio de 2019.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor