

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.073/19/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001013032-52
Impugnação: 40.010146260-63
Impugnante: Foxlux Ltda
IE: 074030864.00-44
Proc. S. Passivo: Fábio Artigas Grillo/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no estado do Paraná, que por força dos Protocolos ICMS n.ºs: 17/85, 41/08, 192/09, 193/09, 196/09, 197/09, 198/09 e 199/09, está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST nas saídas de mercadorias (ferramentas, lâmpadas, reatores e “starter”, materiais de construção e congêneres, materiais elétricos, produtos eletrônicos e de papelaria) para contribuintes deste estado, na condição de substituta tributária. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. 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, todos da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de 01/07/13 a 31/03/18, nas operações de saídas destinadas a contribuintes mineiros, de produtos enquadrados nos respectivos itens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Foram exigidos o ICMS/ST devido, a Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do imposto conforme inciso I do § 2º do art. 56 da Lei n.º 6.763/75 e a Multa Isolada de 20% (vinte por cento) prevista no art. 55, inciso XXXVII da referida lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 39/62, acompanhada dos documentos de fls. 63/155, com os argumentos infra elencados:

- sustenta que não praticou as infrações apontadas no Auto de Infração e que portanto as penalidades aplicadas não podem subsistir, haja vista que grande parte das operações de venda não estão sujeitas à incidência do ICMS/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- reitera a absoluta inexistência de fato gerador da obrigação tributária, suficiente e necessário para a exigência do imposto grafado por substituição tributária;

- reconhece parcialmente as exigências fiscais em relação à mercadoria cabo de transferência de cargas e filtro ADSL;

- reitera a insubsistência dos demais itens do Auto de Infração relativo aos itens “saídas para contribuintes detentores de Regime Especial que os coloca na condição de substitutos tributários, material promocional para fins de brinde sem valor comercial, remessas em bonificação que não se sujeitam à incidência do imposto, saídas destinadas à indústria de Minas Gerais, mercadorias não enquadradas em convênio ou protocolo, saídas efetuadas em período anterior à regulamentação interna de adesão do estado do Paraná aos Protocolos ICMS nºs 192/09 e 196/09;

- assevera que as vendas para contribuintes detentores de regime especial tiveram o imposto recolhido por parte de seus clientes, sendo indevidas as exigências fiscais;

- aduz que as remessas em bonificação/brindes são efetivamente descontos incondicionais e que, portanto, não integram a base de cálculo do imposto nos termos do art. 13, § 1º, inciso II da Lei Complementar (LC) nº 87/96;

- informa que a nomenclatura “bonificação” é um desconto dado aos clientes para tornar o produto mais atrativo e competitivo, estimulando sua compra, e que, por conseguinte, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação e não o preço anunciado;

- transcreve jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para corroborar a tese de que a mercadoria dada em bonificação ou os descontos incondicionais concedidos não integram a base de cálculo do imposto;

- discorre acerca dos aspectos constitucionais da legislação tributária bem como sobre os elementos constitutivos do fato gerador da obrigação tributária, para reforçar sua tese de que a bonificação não compõe a base de cálculo do ICMS, que é o valor da operação;

- destaca que no lançamento fiscal constam várias notas fiscais de saídas destinadas para a indústria, e tal operação não está sujeita a incidência da tributação do ICMS/ST em vista de “as mercadorias vendidas são utilizadas dentro do processo industrial dos adquirentes;

- enfatiza que como as mercadorias serão utilizadas pelos próprios adquirentes, não há incidência de ICMS/ST, havendo, porém, incidência do diferencial de alíquotas;

- acrescenta que na condição de responsável solidário, os clientes optam por recolher eles próprios o diferencial de alíquotas, sendo indevida a cobrança efetuada no Auto de Infração, tendo em vista que o estado de Minas Gerais já recebeu o imposto;

- alega que não obstante previsão expressa em convênio ou protocolo há valores indevidamente lançados referentes à sistemática do ICMS/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- entende que existem na autuação diversas notas fiscais de saída em relação a mercadorias, que não se enquadram no Protocolo 196/09;

- acrescenta que as NCM indicadas relativas às retrocitadas mercadorias estão enquadradas no Protocolo 41/08 (autopeças), todavia, pela descrição das mercadorias, não há incidência de ICMS/ST;

- conclui que as exigências fiscais são absolutamente indevidas, exceto em relação aos produtos: cabo de transferência de cargas e filtro ADSL;

- requer a redução de 50% (cinquenta por cento) da multa, nos termos da legislação vigente.

Por fim, pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização reformula o lançamento conforme Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 158/159 e acosta aos autos a seguinte documentação:

- Demonstrativo do Crédito Tributário – fls. 160/162;
- Rerratificação – mídia eletrônica (CD-R) fls. 164;
- Rerratificação – Planilha I fls. 166/173;
- Rerratificação – Planilha II-A fls. 175/176;
- Rerratificação – Planilha II-B fls. 178/179.

Intimada da reformulação do crédito tributário, a Autuada se manifesta às fls. 185, reiterando todos seus argumentos e requerendo a juntada da guia relativa a reconhecimento parcial da Autuação (Documento de Arrecadação Estadual – DAE de fls. 186/187).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 194/205, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento conforme reformulações efetuadas.

DECISÃO

Conforme relatado a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de 01/07/13 a 31/03/18, nas operações de saídas destinadas a contribuintes mineiros, de produtos enquadrados nos respectivos itens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do imposto conforme art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I do citado artigo e Multa Isolada de 20% (vinte por cento) prevista no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG, desde 16/07/99, sob o CNAE-F nº 4673-7/00, qual seja, comércio atacadista de material elétrico”, sendo o seu regime de recolhimento pelo sistema de débito/crédito.

Importante esclarecer, que ao analisar a impugnação apresentada pela Autuada, a Fiscalização constatou a incorreção do Demonstrativo do Crédito Tributário

do Auto de Infração, haja vista que os valores não foram inseridos no sistema a partir da versão final das planilhas demonstrativas anexadas à autuação.

Constatou-se, ainda, a inadequação da nomenclatura de algumas colunas da Planilha I. Em função disso, foi efetuada a reformulação da peça fiscal, conforme Termo de Rerratificação de lançamento acostado às fls. 158/159 dos autos.

Em razão do reconhecimento parcial das exigências fiscais, com relação às mercadorias: “cabo de transferência de cargas” e “filtro ADSL”, indicado nos itens 6A e 6B da Impugnação (fls. 43), o Fisco emitiu novas planilhas, enviadas à Autuada por ocasião da rerratificação do lançamento, quais sejam: a planilha IA – (reconhecimento Parcial da Autuação) e planilha IIA – (consolidado dos valores constantes da planilha IA) ambas consolidadas em mídia eletrônica – (CD) de fls.164, para que fosse possível à Autuada efetuar o recolhimento respectivo.

Registra-se por oportuno que foi também disponibilizando na retrocitada mídia eletrônica – (CD) a planilha IB – Restante da Autuação havendo quitação de cabo de transferência de cargas e filtro ADSL e planilha IIB (consolidado dos valores constantes da planilha IB), demonstrando os valores restantes não quitados do Auto de Infração.

A Impugnante manifesta-se às fls. 185, anexando o Documento de Arrecadação Estadual (DAE) número 6900831013921 (fls. 186) e respectivo comprovante de transação bancária (fls. 187), quitando parcialmente as exigências fiscais referentes às mercadorias “cabo de transferência de cargas” e “filtro ADSL”, conforme apurado pela Fiscalização mediante planilhas IA e II. Em relação às demais exigências fiscais, ratificou os argumentos já apresentados em sede de impugnação.

Quanto às exigências remanescentes apontadas no Auto de Infração, a Defesa alega a improcedência do lançamento fiscal, por considerar que não praticou as infrações na forma apontada, não podendo subsistir a penalidade aplicada pois as operações de vendas não estariam sujeitas à incidência do ICMS/ST, por absoluta inexistência de fato gerador suficiente e necessário para a exigência do imposto, grafado por substituição tributária, mas reconheceu parcialmente a autuação quanto às mercadorias: “cabo de transferência de cargas” e filtro ADSL”.

A Defesa sustenta que as operações objeto das exigências fiscais, não configuram hipótese de incidência do ICMS/ST, sob os seguintes fundamentos:

- 1) vendas para contribuintes detentores de regime especial, que os coloca na condição de Substitutos Tributários;
- 2) material promocional para fins de brinde sem valor comercial e remessas em bonificação;
- 3) vendas destinadas à indústria mineira;
- 4) produto não enquadrado em convênio ou protocolo;
- 5) vendas efetuadas em período anterior à adesão do estado do Paraná aos Protocolos ICMS n°s 192/09 e 196/09.

Todavia, razão não lhe assiste.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante ao argumento de que os contribuintes mineiros tiveram o imposto recolhido por serem aderentes de regime especial, verifica-se que tal alegação não merece prosperar em face de duas razões fundamentais. Confira-se:

1 – não existem no Auto de Infração em suas planilhas I e I B, não sendo objeto constante da Autuação, as notas fiscais que a Impugnante citou, de números: **126813 (item 2 e 3), 125553 (item 4), 116646 (item 5), 112174 (item 6), 107483 (item 8) e 106007 (item 9)**, fls. 45.

Desta forma, essas notas fiscais não fazem parte desta Autuação;

2 – As demais notas fiscais relacionadas pela Impugnante, de números **109501 (item 7) e 94211/92642 (itens 10 e 11)**, não ficam amparadas por Regime Especial porque as empresas destinatárias não eram à época das emissões das respectivas notas fiscais e nem são atualmente, detentoras desse benefício, pois inexitem nos cadastros do Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) quaisquer registros nesse sentido. A impugnante também não apresentou quaisquer comprovantes ou provas documentais dos alegados regimes. Ressalta-se ainda, que no documento de nome “Controle de Regimes Especiais” presente no CD-R juntado pela empresa (fls. 96), impresso fisicamente às fls. 135, não constam os nomes das empresas destinatárias.

Quanto às suas remessas em bonificação/brinde, do mesmo modo, razão não ampara a Impugnante, como a seguir demonstrado:

1 - não existem no Auto de Infração em suas planilhas I e I B, não sendo objeto constante da Autuação os itens das notas fiscais que a Impugnante citou, de números: **126653 (item 78), 119306 (item 79), 118435 (item 80), 116828 (item 82), 99970 (itens 83 e 84), 94628 (item 87), 82395 (item 89), 81283 (item 90), 81103 (item 91), 80638, item 92), 80206 (item 93), 80207 (item 94), 80208 (item 95), 80209 (item 96), 80181 (item 97)**.

2 - os demais itens: **81** referente à nota fiscal **118435** (Kit ferramenta promocional), **85** referente à nota fiscal **99970** (Gancho para canaletado), **86** referente à nota fiscal **99661**(Gancho para canaletado) e **88** referente à nota fiscal **94628** (trena promocional) são mercadorias que constituem objeto normal da atividade do contribuinte e de acordo com o disposto no art. 190, § 1º do RICMS/02, Parte Geral, brinde é considerado a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tenha sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final. Portanto, não se tratam de brindes:

RICMS/02 - CAPÍTULO XVII:

Das Operações Relativas a Distribuição e a Entrega de Brinde ou Presente

Art. 190 - O contribuinte que adquirir brinde ou presente para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

(...)

§ 1º - Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atividade do contribuinte, tenha sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final.

(...)

No que se refere à bonificação, melhor sorte não ampara a Defesa.

De acordo com o art. 12, inciso I da Lei Complementar (LC) nº 87/96 e art. 2º, inciso VI do RICMS/02, ocorre o fato gerador do ICMS na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Examine-se:

LC nº 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

RICMS/02:

Art. 2. Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

(Grifou-se).

Ademais, tratando-se de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, inclusive em operações interestaduais de remessas em bonificação e brinde, é hipótese de incidência de substituição tributária, nos termos do art. 12 e art. 13, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo XV

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 subsequentes.

§ 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.

(...)

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 24, 26, 29 a 32, 39 e 43 a 48 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.

§ 3º As denominações dos itens da Parte 2 deste Anexo são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas a substituição tributária.

(...)

Art. 13. A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se também ao remetente não-industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, que realizar operação interestadual para destinatário situado neste Estado, ainda que o imposto tenha sido retido anteriormente para outra unidade da Federação.

(...)

As hipóteses em que não se aplica o regime de substituição tributária são aquelas previstas no art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, dentre as quais não se encontram relacionadas as remessas a título de bonificação, doação ou brinde. Veja-se:

Anexo XV - RICMS/02

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

I - às operações, inclusive de importação e de aquisição em licitação promovida pelo poder público, que destinem mercadorias a estabelecimento industrial fabricante da mesma mercadoria, assim entendida a assim entendida a classificada no mesmo subitem da Parte 2 deste Anexo, hipótese em que a retenção do imposto devido por substituição tributária será realizada no momento da saída da mercadoria;

II - às operações promovidas por estabelecimento industrial em retorno ao estabelecimento encomendante da industrialização, hipótese em que a este é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto a título de substituição tributária;

III - às transferências promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante, exceto quando destinadas a estabelecimento varejista, hipótese em que a responsabilidade pela retenção

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte;

IV - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

V - às operações que destinem mercadorias relacionadas nos itens 18, 19, 20 a 24, 29 a 32, 39 e 43 a 48 a contribuinte detentor de regime especial de tributação de atribuição de responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, concedido pelo Diretor da Superintendência de Tributação.

(...)

A Impugnante busca justificar as operações de bonificação como sendo de descontos incondicionais bonificados, em que pese à não referência às operações como descontos incondicionais invocando como fundamento de sua tese, decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ relativa ao REsp 715.255/MG.

Ocorre que, posteriormente, a Primeira Seção do STJ, que engloba os Ministros da Primeira e Segunda Turmas, pacificou o entendimento de que as bonificações ou descontos incondicionais integram sim a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, relativa à decisão em Embargos de Divergência para o mesmo REsp 715.255/MG, conforme ementa infra transcrita:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - VENDAS COM BONIFICAÇÃO - RECOLHIMENTO DESTACADO - VALIDADE - AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO. 1. SÃO INCONFUNDÍVEIS AS TESES VERSADAS NESTE RECURSO. A TESE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO DIZ RESPEITO À INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES MERCANTIS REALIZADAS SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. SITUAÇÃO FÁTICA DIVERSA DA EXAMINADA NO ACÓRDÃO PARADIGMA (RESP 1.111.156/SP, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 22/10/2009), PROCLAMANDO A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS EM VENDA DE MERCADORIAS COM BONIFICAÇÕES. 3. VALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DESTAQUE DO ICMS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. 4. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E PROVIDOS.

(...)

Destaca-se por oportuno, que esse entendimento foi corroborado por decisões posteriores no STJ, conforme Acórdão de 2015, referente aos autos do AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.405.559 - RS (2011/0090745-6), com ementa infra reproduzida:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS COM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. 1. A PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENTENDE QUE, SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS OS VALORES CORRESPONDENTES ÀS MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO, ASSIM COMO OCORRE NO TOCANTE AOS DESCONTOS INCONDICIONAIS (ERESP 715.255/MG, REL. MIN. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 23/2/11). 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A Impugnante também traz uma citação de *Hugo de Brito Machado* acerca da não inclusão de descontos ditos promocionais na base de cálculo do ICMS.

Porém, quando se trata da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, essa não é a visão do nobre jurista, conforme o artigo “A Bonificação e a Base de Cálculo do ICMS na Substituição Tributária”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 186. Confira-se:

“É a denominada substituição tributária para frente, que mais exatamente se poderia chamar de cobrança antecipada do imposto, quer dizer, cobrança do imposto antes que o mesmo se faça devido.

Realmente, se o imposto diz respeito a um “fato gerador que deva ocorrer posteriormente”, esse imposto ainda não é devido, porque é precisamente a ocorrência do fato gerador do imposto que o torna devido.

Mas esta é outra questão, cujo desenvolvimento aqui não seria oportuno. Basta, aqui, deixarmos claro que, nesse tipo de substituição tributária, ao substituto é atribuída a responsabilidade pelo pagamento de tributo que ainda não existe no plano concreto. É coisa do futuro.

(...)

Quando uma empresa vende mercadorias a outra que as vai revender, se concede bonificação ou desconto, o valor da bonificação ou do desconto não deve ser somado ao preço da venda porque este constitui o valor da operação, valor que se define considerando tanto a bonificação como o desconto.

Em outras palavras, a bonificação oferecida ou o desconto incondicional concedido participam da definição do preço efetivamente praticado, vale dizer, do valor da operação que é a base de cálculo do ICMS. Essa bonificação, ou esse desconto incondicional, todavia, dizem respeito apenas à operação realizada entre o contribuinte substituto e o contribuinte substituído, ficando o primeiro com a obrigação de

recolher o ICMS relativo a essa operação, na condição de contribuinte mesmo.

A empresa que deu a bonificação ou o desconto incondicional é também obrigada a recolher, na condição de substituto tributário, o ICMS relativo a operações futuras, que ainda devem ocorrer, mas ela não é parte nessas operações e as bonificações ou descontos que concedeu não se projetam necessariamente a elas.

(...)

No Superior Tribunal de Justiça firmou-se o entendimento segundo o qual o valor das bonificações e dos descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS. E esse entendimento tem sido invocado pelos que pretendem ver adotado o mesmo critério no que diz respeito à base de cálculo do ICMS referente às operações futuras, vale dizer, às operações realizadas pelos substituídos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que inexistindo a garantia de que a bonificação concedida pelo substituto tributário ao substituído vai ser transferida ao consumidor final, o recolhimento do ICMS sobre o regime de substituição tributária deve ser realizado integralmente.”

(...)

(Grifou-se).

Assim deve prevalecer aplicação da substituição tributária nas remessas de bonificação de mercadorias.

Razão não assiste à Defesa em relação ao argumento de que no Auto de Infração em exame, constam várias notas fiscais de saídas destinadas para a indústria, como atividade principal, pois esses itens e suas referidas notas fiscais não estão elencadas na planilha I ou planilha IB do Auto de Infração, não sendo, portanto, objeto constante da autuação as Notas Fiscais n^{os}: 120322, 118500, 113672, 95094, 92777, 92778, 89362, citadas pela Defesa.

A irresignação da Autuada referente aos valores indevidamente lançados a despeito de previsão expressa em convênio ou protocolo submetendo à sistemática do ICMS/ST conforme itens 108/498 descritos na Planilha colacionada às fls. 101/107 dos autos, bem como a alegação da existência de diversas notas fiscais de venda em relação a mercadorias que não se enquadram no Protocolo n^o 196/09, dos itens 499/792 da Planilha anexada às fls. 107/112, são desprovidas de razão, uma vez que as mercadorias fita auto fusão, papel alumínio e lona de polietileno, citadas do item 108 (fls. 101) até o item 792 (fls. 112), não constam do Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esclareça-se por oportuno, que os itens 793/845 elencados às fls. 100/147, que correspondem às mercadorias filtro ADSL e filtro ADSL com saída para telefone, foram objeto de reconhecimento das exigências fiscais por parte da Autuada.

Verifica-se que os itens 846/848 elencados na Planilha de fls. 100/147, que possuem a seguinte observação: “Remessa de bonificação – cliente possui regime especial”, constam da Nota Fiscal nº 104825 destinada à Moveis BP Ltda.

A remessa em bonificação não afasta a aplicação da substituição tributária, conforme já explicitado e a Impugnante não informou o nº do Regime Especial. O Fisco identificou um regime especial para essa empresa (Regime Especial de Tributação – RET nº 060/16) para diferimento do recolhimento de ICMS em caso de importação direta do exterior pela Móveis BP Ltda, não sendo aplicável ao caso em tela.

Razão não assiste à Defesa no tocante ao argumento de que é incabível as exigências fiscais relativas aos itens objetos das notas fiscais elencadas na Planilha de fls. 100/147, e tampouco sua conclusão de que as suas fundamentações e documentos colacionados demonstram que as exigências fiscais são absolutamente indevidas, pois a quase totalidade desses itens apontados não existe no Auto de Infração.

Quanto aos argumentos remanescentes da Defesa, referem-se à 10 (dez) itens e 8 (oito) notas fiscais que são: item 7 (Nota Fiscal nº 109501); item 10 (Nota Fiscal nº 94211); item 11 (Nota Fiscal nº 92642); item 81 (Nota Fiscal nº 118435); item 85 (Nota Fiscal nº 99970); item 86 (Nota Fiscal nº 99961); item 88 (Nota Fiscal nº 94628); itens 846, 847 e 848 (Nota Fiscal nº 104825), constituem fatos geradores consistentes para exigência do imposto, conforme questão já enfrentada anteriormente.

Ademais a planilha IB demonstra as exigências remanescentes do Auto de Infração, haja vista que a quitação das exigências referentes ao cabo de transferência de cargas e filtro ADSL feita pela Impugnante possui 218 (duzentos e dezoito) notas fiscais e destas a Autuada contestou a cobrança dos itens constantes somente em 8 (oito) notas fiscais, não sendo questionadas as outras 210 (duzentas e dez) notas fiscais, entendendo-se pela ratificação da cobrança.

A Defesa pugna pela redução de 50% (cinquenta por cento) da multa aplicada, nos termos da legislação vigente.

Ressalta-se que, além do ICMS/ST não recolhido pela Autuada, exigiu-se a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, item I, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

Vale destacar que as normas sancionatórias que se extrai da interpretação conjunta do *caput* e do inciso I, ambos do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, determinam a aplicação da penalidade “em dobro” ao alienante/remetente, contribuinte substituto tributário, por deixar de pagar o imposto devido por substituição tributária, tendo ou não efetuado a retenção cabível.

Nota-se que a norma contida no inciso I, do § 2º, do art. 56 estabelece penalidade aplicável na situação em que haja previsão de responsabilidade por substituição tributária cabível ao alienante/remetente, em relação às operações subsequentes. Ou seja, tal norma situa-se no universo da chamada substituição tributária “progressiva” ou “para frente”.

No caso dos autos, o recolhimento do ICMS/ST a menor realizado pela Impugnante no mesmo período alcançado pela ação fiscal não teria eficácia para operar a quitação do débito e, via de consequência, a extinção da obrigação tributária.

Com efeito, como ficou demonstrado pelas razões de fato e de direito articuladas nos autos, a Impugnante deixou de reter e recolher o ICMS/ST devido.

Assim, correta a exigência da parcela do ICMS/ST não recolhida pela Autuada e da Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST exigido, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Por fim, com relação ao pedido de cancelamento ou redução da penalidade, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, (Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da citada lei), exigida em função de descumprimento de obrigação acessória, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

(Grifou-se).

Assim, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 158/159 e o recolhimento parcial de fls. 186/187, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes constantes do Auto de Infração em comento.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 158/159, devendo ser considerado o pagamento parcial de fls. 186/187. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2019.

**André Barros de Moura
Relator**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**