

Acórdão: 23.010/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001658486-32
Impugnação: 40.010150711-11
Impugnante: L.A Distribuidora Ltda
IE: 001777616.00-32
Proc. S. Passivo: Jorge Vinícius Salatino de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – CIGARROS. Constatada, mediante Termo de Autodenúncia, saídas de cigarros de palha destinados a contribuintes mineiros sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST devido. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII do mesmo diploma legal. Todavia, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, deve se restringir ao ICMS/ST e sobre as operações próprias, deve ser aplicado somente o art. 56, inciso II do mesmo diploma legal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta do recolhimento do ICMS/Substituição Tributária nas saídas de cigarros de palha, destinados a contribuintes mineiros, no período de setembro de 2015 a julho de 2019, sendo exigido o ICMS/ST, a Multa de Revalidação e a Multa Isolada, previstas no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75.

As infrações foram apuradas por meio da análise do Termo de Autodenúncia, PTA nº 05.000310086.91, no qual a Autuada informa que houve entradas de mercadorias com documentos fiscais, de fumo e palha, cujas saídas não ocorreram, pois foram transformadas por processo artesanal noutras mercadorias - cigarros de palhas, cujas saídas ocorreram com documentos fiscais e com o ICMS devidamente recolhido, nos exercícios de 2015 a 31/07/19.

Conforme consta do referido termo de autodenúncia, que se encontra na mídia de fls. 23, a Autuada foi intimada, pela Fiscalização, a informar se houve o recolhimento do ICMS e do ICMS/ST referente às saídas acobertadas por documentos fiscais, mencionadas no citado Termo, constante do campo “ocorrência” do expediente de denúncia.

Em resposta, a Contribuinte informa que o contador estava com dificuldades de atender à solicitação, em face da pandemia. Acrescenta que havia

ocorrido busca e apreensão em seu estabelecimento e que a denúncia se referia a documentos apreendidos, que estão junto à Delegacia Fiscal.

A Fiscalização, entendendo que as operações, objeto da denúncia, estão sujeitas à incidência do ICMS/ST, uma vez que o produto está contemplado no Capítulo IV da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, efetuou o presente lançamento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 30/48, juntando os documentos de fls. 49/256, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 259/264.

A Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 272, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 274/275 e juntada de documentos de fls. 276.

Aberta vista para a Impugnante, que se manifesta às fls. 280/281.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 284.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois, tanto o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF, quanto o Auto de Infração contêm os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Importante ressaltar que a intimação do AIAF se deu por edital e via correios, posteriormente, portanto, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa da Contribuinte, como alegado pelo Impugnante.

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

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

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

Do Mérito

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de falta do recolhimento do ICMS/Substituição Tributária nas saídas de cigarros de palha, destinados a contribuintes mineiros, no período de setembro de 2015 a julho de 2019,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo exigido o ICMS/ST, a Multa de Revalidação e a Multa Isolada, previstas no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75.

As infrações foram apuradas por meio da análise do Termo de Autodenúncia, PTA nº 05.000310086.91, no qual a Autuada informa que houve entradas de mercadorias com documentos fiscais, de fumo e palha, cujas saídas não ocorreram, pois foram transformadas por processo artesanal noutras mercadorias - cigarros de palhas, cujas saídas ocorreram com documentos fiscais e com o ICMS devidamente recolhido, nos exercícios de 2015 a 31/07/19.

Conforme consta do referido Termo de Autodenúncia, que se encontra na mídia de fls. 23, a Autuada foi intimada pela Fiscalização (Ofício 062/2020/ACT – AF/Uberlândia), a informar se houve o recolhimento do ICMS e do ICMS/ST referente às saídas acobertadas por documentos fiscais, mencionadas no citado Termo, constante do campo “ocorrência” do expediente de denúncia.

Em resposta, a Contribuinte informa que o contador estava com dificuldades de atender à solicitação, em face da pandemia. Acrescenta que havia ocorrido busca e apreensão em seu estabelecimento e que a denúncia se referia a documentos apreendidos, que estão junto à Delegacia Fiscal.

A Fiscalização, entendendo que as operações, objeto da denúncia, estão sujeitas à incidência do ICMS/ST, uma vez que o produto está contemplado no Capítulo IV da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, efetuou o presente lançamento.

A Autuada apresenta Impugnação, alegando, em síntese:

- que não ocorreu o fato gerador, pois em seu contrato social consta que explora o comércio varejista de cigarros e outros, ou seja, pode comercializar legalmente as mercadorias no varejo;
- que o Fisco menciona no AI, que no termo de autodenúncia consta que deu saída com emissão de documentos fiscais e recolhimento do ICMS, todavia, deu saída sem emissão de documentos fiscais e sem o recolhimento do ICMS;
- para que haja a incidência do ICMS/ST é necessário que ocorra um fato imponível e que a mercadoria obedeça alguns requisitos mínimos e que inexistente no Capítulo 04 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 a descrição “ cigarro de palha” ou “cigarro palheiro”, constando tão somente cigarro, fumo e seus derivados;
- que “ cigarro de palha” ou “cigarro palheiro” é um nome composto, não se confundindo com cigarro industrializado ou cigarro de chocolate;
- que se o legislador não incluiu o cigarro de palha na legislação pertinente à substituição tributária, é por que não quis tributá-lo e que não se pode tributar por analogia, instituir ou majorar tributo sem lei anterior;

- que não ocorreram operações posteriores sujeitas ao recolhimento do ICMS por ST, portanto, as operações não podem ser incluídas nos arts. 12 e 12B, Anexo XV do RICMS;
- que o autor do trabalho não observou o art. 20, inciso I, parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 no cálculo do imposto, que é claro quando informa que o ICMS devido a título de ST nas operações subsequentes, será a diferença entre o imposto devido pelo remetente e o valor encontrado nas operações internas sobre a BC estabelecida em algumas das hipóteses previstas no art. 19, do anexo XV do RICMS, conforme ex, que demonstra;
- que a fiscalização desconsiderou o ICMS devido nas suas operações próprias e lançou o valor incidente na aplicação da alíquota sobre a BC encontrada, desconsiderando o disposto no art. 20, conforme demonstrado no anexo II do AI;
- que o trabalho fiscal não observa o § 2º -I do art. 55 da Lei 6763/75 no lançamento da Multa Isolada;
- pede pela procedência da Impugnação.

A Fiscalização manifesta-se, sob os seguintes argumentos:

- que as operações relativas a cigarros e outros derivados do fumo encontram-se disciplinadas no Capítulo IV da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e conseqüentemente sujeitas à substituição tributária;
- que a impugnante exerceu o papel e atividade de indústria ao produzir os palheiros, e, diante das regras insculpidas nos dispositivos legais do Anexo XV do RICMS/02, temos que o fabricante de cigarro é responsável na condição de substituto tributário pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes;
- que as saídas de cigarros promovidas pelo Impugnante ocorreram sem a devida retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária e que os documentos fiscais acobertadores destas operações demonstram que não foi realizado o correto destaque do ICMS/ST, nem recolhido ao Fisco Estadual;
- que a produção do cigarro de palha, independentemente do processo utilizado resulta em obtenção de espécie nova e configura industrialização para efeitos de aplicação da legislação tributária estadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que este conselho já demonstrou seu entendimento sobre a incidência do ICMS/ST para cigarros de palha em duas oportunidades, conforme acórdãos que menciona;
- que a própria impugnante promove quase que o total de suas saídas de palheiros, citando os CFOP's 5403, 5405 e 6403, que indicam SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.
- que é improcedente a alegação de que não foi observado o inciso I do art. 20 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que, conforme o próprio contribuinte admite no histórico do PTA de autodenúncia, os cigarros de palha são derivados de transformação, não havendo entradas deste produto;
- pede pela procedência do lançamento.

Esse PTA veio a julgamento nessa Câmara, em 19/05/21, quando houve a conversão em diligência, para que a Fiscalização trouxesse aos autos, as NFs objeto da autuação, por amostragem e em meio magnético, em função da grande quantidade de documentos e demonstrasse, de forma detalhada, por documento fiscal, como foi efetuado o cálculo do ICMS/ST, constante da planilha gravada na mídia de fls. 23, com o respectivo embasamento legal.

A Fiscalização manifesta-se, juntando a mídia de fls. 276 e intimando a Autuada, que se manifesta afirmando que foi anexada a mesma planilha juntada por ocasião da lavratura do AI, não havendo exclusão dos valores do ICMS referente às operações próprias e anexada algumas cópias de NFs por amostragem. Assim, ratifica a Impugnação. Em resposta, a Fiscalização afirma que atendeu a diligência e que a Autuada não trouxe qualquer elemento novo, pedindo, então, pela procedência do lançamento.

Pois bem, de fato, é devido o ICMS/ST na saída de charutos, cigarrilhas e cigarros, de tabaco ou do seus sucedâneos, conforme consta do capítulo IV da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

E, conforme evidenciam as NFs, objeto da autuação, juntadas pelo Fisco, por amostragem, em resposta à diligência, observa-se que não houve qualquer destaque do imposto nas operações, quer do ICMS/Operação Própria, quer do ICMS/Substituição Tributária. Além do mais, conforme consta da intimação juntada aos autos, efetuada por ocasião do protocolo do Termo de Autodenúncia, a Autuada não comprova o recolhimento de quaisquer desses impostos.

Assim, em que pese a Fiscalização não ter separado o ICMS da operação própria e o ICMS/ST, configura-se correto o cálculo do ICMS exigido, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor dos cigarros, constantes das NFs, objeto da autuação, acrescido da Margem de Valor Agregado - MVA de 50% (cinquenta por cento), o que equivaleria ao cálculo do ICMS sobre a operação própria, sem MVA,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que, na sequência, seria abatido do cálculo do ICMS sobre a base de cálculo acrescida da MVA.

Contudo, merece reparo a exigência da Multa de Revalidação exigida em dobro, nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, uma vez que tal penalidade, somente é aplicável sobre o ICMS/ST não recolhido tempestivamente, havendo portanto, que fazer tal separação, ou seja, a Multa de Revalidação deve ser reduzida a 50% (cinquenta por cento), no ICMS devido pelas operações próprias, nos termos do art. 56, inciso II, da referida lei, permanecendo a exigência de 100% (cem por cento) para o ICMS/ST, devidamente recalculado, no termos da legislação pertinente.

Correta, por outro lado, a exigência da Multa Isolada, nos termos do art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para reduzir a Multa de Revalidação a 50% (cinquenta por cento) relativamente ao ICMS devido nas operações próprias. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 10 de novembro de 2021.

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**

D