

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.839/21/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001483495-51
Impugnação: 40.010150091-81 (Coob.)
Impugnante: Casa Aladim Ltda. (Coob.)
IE: 686043509.00-02
Autuada: Anaber Cosméticos Indústria e Comércio Ltda.
CNPJ: 58.354747/0001-28
Proc. S. Passivo: Tiago Abreu Gontijo/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DESTINATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição da destinatária das mercadorias para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos §§ 18, 19 e 20 do art. 22 da Lei nº 6.763/75 e art. 15, combinado com os arts. 12 e 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em outra Unidade da Federação, que, por força do Protocolo ICMS nº 36/09, estava obrigada a recolher antecipadamente o ICMS, devido pelas operações subsequentes, na saída dos produtos listados no Capítulo 20, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Infração plenamente caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) - COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o adicional de alíquota do ICMS/ST correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), nos termos do art. 12-A, inciso VI c/c § 4º da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento), da Multa de Revalidação em dobro capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devidos por substituição tributária no momento da saída das mercadorias, constantes do Capítulo 20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, do estabelecimento remetente Autuado com destino ao estabelecimento destinatário mineiro ora Coobrigado, bem como a falta de recolhimento do ICMS correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) do adicional de alíquotas relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de junho de 2016 a junho de 2019.

Registra-se que o remetente Autuado é contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 36/09 (cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador).

Exigências de ICMS/ST e do adicional de alíquotas do Fundo de Erradicação da Miséria FEM, além das respectivas Multas de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII do mesmo diploma legal.

Da Impugnação

Inconformado, o Coobrigado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 51/110, juntando os documentos de fls. 111/285 e requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 297/314 refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência do lançamento.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 318/336, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida 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.

Da Preliminar

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 102.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja,

somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Observa-se dos quesitos formulados, que o que se pretende ver respondido pela perícia são os mesmos argumentos apontados pela Impugnante nos tópicos de sua defesa quanto ao mérito da presente autuação (se há operações autuadas cujo fato gerador não se realizou, se levou-se em consideração os créditos do contribuinte, se foram consideradas as hipóteses de restituição do imposto previstas no art. 23, da Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02, dentre outras) e, assim, serão analisados, como se verá na análise de mérito do lançamento.

Sobre o presente pedido, a Fiscalização assim se manifesta:

O Coobrigado requer a realização de perícia de natureza contábil para que sejam dirimidos os quesitos que ele apresenta às fls. 102. Entretanto, a motivação para a realização de perícia contábil NÃO PROCEDE tendo em vista que a forma de apuração do ICMS/ST por ele alegada, não seguiu os ditames da legislação tributária vigente, tão pouco o Regime Especial nº 45.000011390-96 invocado em seu benefício, saliente-se, este Regime é inaplicável ao caso concreto porque o RE em comento prevê sua aplicação somente para os casos em que os remetentes não sejam obrigados à retenção/recolhimento dos tributos por substituição tributária, na dicção do seu art. 1º, e, o remetente autuado tinha a obrigação da retenção antecipada por força do Protocolo ICMS 36/2009, também não apresentou os recolhimentos correspondentes. Os créditos autorizados e vistados pela Administração Tributária em requerimentos de pedido de restituição não constituem homologação dos mesmos, na forma do art. 31 do Anexo XV do RICMS/2002, conforme mencionado nos próprios documentos autorizativos de fls. 138 e seguintes. Os créditos aos quais os autuados têm direito foram abatidos dos débitos conforme demonstrado na planilha anexa à autuação. Esses créditos são aqueles destacados pelo remetente nas operações interestaduais conforme preceitua o art. 3º caput do Anexo XV do RICMS/2002, sendo vedado a utilização de outros créditos. Portanto, resta demonstrada a improcedência deste pedido.

(...)

O Impugnante – coobrigado requer a realização de perícia contábil para que seja levantado possíveis créditos de ICMS, em sua fala, já declarados e não computados para a apuração dos pretensos tributos complementares, entretanto, essa situação não encontra guarida na legislação tributária, especificamente no Parágrafo único do art. 7º do Anexo XV do RICMS/2002 e pela falta de comprovação dos recolhimentos no prazo e formas legais. Tal situação suscitada, como já mencionado, enseja por parte dos autuados, a confirmar fatos passíveis de indébito, o pedido de restituição, observado o que prevê as normas que regem o tema. Portanto, o Fisco vê como desnecessária a perícia contábil já que a planilha demonstrativa do crédito tributário já considerou o crédito da operação interestadual, consoante art. 3º do Anexo XV do RICMS/2002, anteriormente transcrito, excluindo-se os créditos vedados no Parágrafo único do art. 7º, demonstrado de forma inequívoca na planilha anexa ao Auto de Infração

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos e na legislação de regência, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devidos por substituição tributária no momento da saída das mercadorias, constantes do Capítulo 20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, do estabelecimento remetente Autuado com destino ao estabelecimento destinatário mineiro ora Coobrigado, bem como a falta de recolhimento do ICMS correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) do adicional de alíquotas relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de junho de 2016 a junho de 2019.

Exigências de ICMS/ST e do adicional de alíquotas do Fundo de Erradicação da Miséria FEM, além das respectivas Multas de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII do mesmo diploma legal.

Registra-se que a remetente, ora Autuada, é contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 36/09, firmado entre os estados de São Paulo e Minas Gerais, dentre outros, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador.

A Fiscalização intimou o remetente Autuado, por meio do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000033265.83, a apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS/ST, Documento de Arrecadação Estadual – DAE ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, das operações realizadas no período autuado com a destinatária, ora Coobrigada e, vencido o prazo da intimação, ele não se manifesta.

Registra-se que o remetente das mercadorias, ANABER COSMÉTICOS, não compareceu nos autos, conforme explica a Fiscalização:

O Sujeito Passivo – principal, ANABER COSMÉTICOS IND. e COM. LTDA, não compareceu nos autos. Destaca-se que, primeiramente na intimação do AIAF a correspondência foi devolvida sem o seu recebimento, fls. 13/14, posteriormente, o Auto de Infração também não foi recebido pelo autuado, fls. 38/39, porém ele foi regularmente intimado conforme publicações na Imprensa Oficial - IOF/MG, fls.16 e 40, respectivamente, do AIAF e do Auto de Infração.

Inicialmente, oportuno frisar que, quando firmado convênio ou protocolo entre os estados, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, fica a empresa alienante ou remetente responsável pelo recolhimento do imposto, devido pelas operações subsequentes, o que não exclui a responsabilidade da empresa adquirente, claramente amparada pelos §§ 18, 19 e 20 do art. 22 da Lei nº 6.763/75 e, ainda, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 15, combinado com os arts. 12 e 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 9º - A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados. (...)

Lei nº 6.763/75

Art. 22 - (...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19. Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

§ 20. A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário da mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data de saída da mercadoria.

Anexo XV - RICMS/02

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 grupo de mercadorias, são as identificadas nos seguintes capítulos da Parte 2 deste Anexo:

(...)

XX - Capítulo 20: Produtos de Perfumaria e de Higiene Pessoal e Cosméticos;

(...)

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.

(...)

Art.15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Dessa forma, correta a eleição do polo passivo da obrigação tributária no presente caso, tanto pela Autuada remetente das mercadorias, estabelecida no estado de São Paulo, tendo em vista o Protocolo ICMS nº 36/09, quanto pela empresa mineira, Impugnante Coobrigada.

Ressalte-se que não há qualquer dúvida quanto à inclusão das mercadorias objeto do Auto de Infração à previsão de sujeição à sistemática do recolhimento do imposto por substituição tributária segundo o disposto no Protocolo ICMS nº 36/09, implementado na legislação mineira e com as correspondentes mercadorias elencadas no Capítulo 20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos).

Na peça de Defesa apresentada, o ponto principal discutido pela Impugnante gira em torno da alegação de que o feito fiscal não merece prosperar, em razão da destinatária (ora Impugnante Coobrigada) ser detentora do Regime Especial PTA nº 45.000011390-96 que lhe autoriza, segundo o disposto em seu art. 1º, o recolhimento do ICMS/ST até o dia 9 (nove) do segundo mês subsequente ao da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, nos termos do art. 46, § 3º, inciso II do Anexo XV do RICMS/02.

Todavia, razão não lhe assiste.

Conforme bem ressaltado pela Fiscalização, o art. 1º do citado Regime Especial, é claro ao estabelecer que a beneficiária, Casa Aladim Ltda, é caracterizada como contribuinte substituto tributário nos termos do art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e que esta condição é essencial e basilar para essa caracterização, estando o Regime Especial configurado no sentido de que seja observado os preceitos do referido artigo, que estabelece especificamente que a responsabilidade por substituição tributária atribuída ao contribuinte mineiro somente será aplicada na hipótese de sua não atribuição ao estabelecimento alienante ou remetente. Veja-se:

Regime Especial PTA nº 45.000011390-96

Art. 1º - O Contribuinte identificado em epígrafe, substituto tributário nos termos do artigo 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, fica autorizado a recolher o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária em relação às operações subsequentes com as mercadorias relacionadas no item 20 da Parte 2 do referido Anexo, até o dia 9 (nove) do segundo mês subsequente ao de entrada da mercadoria no estabelecimento, nos termos do art. 46, § 3º, Inciso II do Anexo XV do RICMS/MG.

(Grifou-se).

Parte 1 do Anexo XV

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

(Grifou-se)

Logo, uma vez que, em razão da celebração do protocolo ICMS nº 36/09, como visto, a responsabilidade em relação às operações em tela é da Autuada, não há como prevalecer o disposto no citado RE que somente terá eficácia em relação a operações realizadas no âmbito interestadual quando a unidade da Federação, onde esteja localizado o alienante ou remetente, não seja signatária de algum dos protocolos abrangidos pelo item 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Ademais, destaca-se que o RET em questão trata de prorrogação de prazo de recolhimento do ICMS/ST, portanto, não altera a sujeição passiva do recolhimento dos impostos, como quer fazer parecer a Defesa.

Observa-se que a Coobrigada solicitou, em 30/11/16, alteração do Regime Especial PTA nº 45.000011390-96 para que ele contemplasse *“todas as aquisições de mercadorias relacionadas no Capítulo 2 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, independente de constarem em convênios ou protocolos, para assim atender as reais necessidades da requerente”*.

Esta solicitação se deu após ter sido a empresa Casa Aladim Ltda autuada, também como Coobrigada, no trânsito de mercadorias, em relação à mesma matéria, ocasião em que as exigências fiscais foram confirmadas por unanimidade de votos, nos termos do Acórdão nº 22.428/17/3ª.

A referida solicitação demonstra que a Impugnante era conhecedora da ineficácia do RET em questão para as operações autuadas no presente trabalho.

Ocorre que a solicitação da Contribuinte foi indeferida pela Delegacia Fiscal de Governador Valadares.

Posteriormente, somente em 18/06/19, foi concedido à Autuada o RET – PTA nº 45.000018631-91, com vigência na data de ciência da Casa Aladim Ltda, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

19/06/19, conforme consulta ao Siare, portanto, sem efeitos no período autuado no presente feito (conforme demonstram as planilhas acostadas ao CD de fls. 20, a última nota fiscal autuada no presente trabalho foi emitida em 18/06/19).

Portanto, não restam dúvidas quanto à flagrante infringência à legislação tributária.

Registra-se que o Relatório Complementar ao Auto de Infração, de fls. 22/29 detalha a metodologia do trabalho, inclusive explicando o conteúdo de cada aba das planilhas de cálculo.

A planilha “Cálculos e memória do Crédito Tributário”, acostada aos autos no CD de fls. 20 demonstra os cálculos e as fórmulas utilizadas pela Fiscalização para apurar o crédito tributário.

Em relação à afirmação da Impugnante de que a Administração Fiscal de Teófilo Otoni acompanhava todo o procedimento, a Fiscalização deixou consignado:

A alegação de que havia expressa e inequívoca participação de Agente do Fisco em todo procedimento de apuração do Impugnante - coobrigado, mediante acesso aos Livros de Registro de Apuração do tributo ST, na Escrituração Fiscal Digital e demais obrigações acessórias e que, de tal forma, na posse dessas informações a Fiscalização procedia ao lançamento dos créditos, cancelando a emissão das guias de recolhimento correspondentes, o que em outras palavras implica homologação expressa e definitiva dos lançamentos e recolhimentos citando o art. 3º do Regime Especial ESTÁ TOTALMENTE EQUIVOCADA senão vejamos:

Primeiramente, quanto a essa alegação, vimos contextualizar o conceito de tributo por auto lançamento, o qual, pela pacífica doutrina, o contribuinte tem a responsabilidade em apurar e recolher o valor apresentando uma declaração prévia que dá causa ao fato gerador, devendo ser homologado posteriormente pela autoridade administrativa. Tal declaração é considerada lançamento, consistindo em inadimplemento o contribuinte é compelido a pagar por meio do lançamento de ofício, sem mais formalidades. Dentro dessa modalidade de tributo encontra-se o ICMS e o FEM. Logo, AS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR MEIO DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS ENTREGUES, RECEBIDAS E PROCESSADAS NÃO CARACTERIZAM HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO LANÇAMENTO.

(...)

conforme consagrado na doutrina e jurisprudência, que a homologação ocorrerá de duas formas: TÁCITA ou EXPRESSA.

(...)

A homologação expressa deve ser entendida conforme definição contida no nosso vernáculo, na qual ela, quando realizada demonstra, de forma clara, explícita, de forma inequívoca a vontade da autoridade administrativa em homologar. No presente caso, o que o Impugnante – coobrigado junta de documentos aos autos são cópias do Livro Registro de Apuração, alguns DAE's de recolhimentos de ICMS/ST, requerimentos de restituição do ICMS/ST e cópias de DANFE's com o visto fiscal (ex. fls. 142/144; 151/153), SEM A MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE HOMOLOGAÇÃO, ao contrário, o visto EXPRESSA A NÃO HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO conforme preconiza o art. 31 do Anexo XV do RICMS/2002 nos documentos indicados.

(...)

Prosseguindo, é preciso aprofundar um pouco mais a respeito do visto aposto nos DANFE's de ressarcimento para clareza dos senhores julgadores. Tal visto é relativo ao requerimento que o contribuinte faz para ressarcir ICMS/ST e/ou FEM, em casos que tenha recebido mercadorias sujeitas à ST e com os tributos recolhidos, e que posteriormente o fato gerador presumido com essas mercadorias não ocorreu. Para tanto, o contribuinte apresenta os arquivos digitais previstos na legislação denominados SINTEGRA e SPED, ressalte-se que são de total responsabilidade do mesmo o preenchimento e a fidedignidade deles com a sua escrita fiscal. De posse desses documentos e do requerimento o Fisco apura os valores passíveis de restituição através do aplicativo “Auditor eletrônico”, NÃO SENDO REALIZADO QUALQUER PROCEDIMENTO DE AUDITORIA menos ainda A HOMOLOGAÇÃO DOS LANÇAMENTOS, tanto é que o visto lançado nos DANFE's de fls. 142/144, fazem menção ao disposto no art. 31 do Anexo XV do RICMS/2002, que, como já mencionado, representa o oposto ao que alega o Impugnante – coobrigado, ou seja, não reconhece a legitimidade dos créditos e NÃO HOMOLOGA OS LANÇAMENTOS EFETUADOS, como se pode concluir da literalidade do dispositivo em tela, transcrito anteriormente.

Acrescente-se que, se válido fosse ao presente caso, o art. 3º do mencionado regime, como alega às fls. 63/64, este não prevê a compensação entre ICMS/ST e FEM devidos com créditos outros de ICMS/ST e FEM, mas tão somente com os créditos da operação própria do remetente, conforme exata apuração do Fisco demonstrada na planilha gravada no CD, fls. 20,

anexa ao Auto de Infração, denominada “Cálculos e memória do Crédito Tributário”, uma contradição entre o que alega e o que autoriza o RE, portanto, a alegação de ter recolhido os tributos na forma do RE é desprovida de crédito.

(...)

Em última análise, se o contribuinte houvesse apurado o imposto com base no art. 3º do alegado RE, nesta Impugnação deveria apresentar os recolhimentos de forma inequívoca. Depreende-se, portanto, que de fato o contribuinte, ainda que pudesse usufruir do Regime Especial, não efetuou os recolhimentos do ICMS/ST e do FEM sequer na forma preconizada pelo próprio RE, tão pouco na legislação tributária.

Ao insistir que a Fiscalização procedia ao lançamento dos créditos, chancelando a emissão das guias correspondentes, com expressa e definitiva homologação dos lançamentos e recolhimentos, baseando-se no art. 3º do RE e arts. 142 e 145 do CTN, fls. 63/64, asseverando que a pretensão fiscal se baseia em relançamento de crédito tributário definitivamente constituído, o Impugnante – coobrigado de forma bem elaborada, porém ausente de fundamentação na legislação tributária, tenta criar uma terceira modalidade de homologação do lançamento, a HOMOLOGAÇÃO PRESUMIDA, transferindo uma responsabilidade que é sua para o FISCO. Ressalte-se que receber, processar e validar arquivos são procedimentos administrativos que NÃO CARACTERIZAM e NÃO SUBSTITUEM A HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO LANÇAMENTO.

Contudo, se houvesse essa homologação, como forçosamente pretende demonstrar, o Fisco poderia revisar o lançamento exatamente com base no art. 149 do CTN, fls. 66, que excepcionalmente autoriza a revisão de ofício nos casos enumerados no seu rol taxativo. E aqui, como já dito no relatório complementar, fls. 23, frisa-se, os autuados agiram dolosamente, não restam dúvidas, escudando-se no Regime Especial nº 45.000011390-96, mencionado-o nos documentos fiscais, conjugado com a apresentação dos arquivos constando neles informações como se os tributos houvessem sido recolhidos, restando caracterizados no mínimo O ERRO, OU, MESMO A SIMULAÇÃO E O DOLO PARA ALCANÇAR A FINALIDADE DE EXIMIREM-SE DOS RECOLHIMENTOS DEVIDOS. Contra essa imputação o autuado não se manifestou. Assim sendo, são absolutamente descabidas as alegações de

homologação expressa e a participação do Fisco nos procedimentos de apuração dos tributos bem como os corolários delas decorrentes.

(...)

Quando alega ser necessário a consideração do imposto já apurado e recolhido vem o Impugnante - coobrigado demonstrar enorme contradição, posto que informa que as exigências contidas no AI/PTA foram lançadas a débito por ela, por meio do aludido Registro SINTEGRA 88STS, fls. 89, ao invés de reter e recolher os tributos, juntando os comprovantes, pois lançar débitos em arquivos não extingue o crédito tributário. Tal procedimento, contudo, corrobora para demonstrar o dolo e a simulação perpetrados por ele quando do preenchimento e entrega dos referidos arquivos com informações não fidedignas com a sua escrita fiscal.

(...)

(Grifou-se).

Portanto, descabida as afirmações da Impugnante de que o Auto de Infração é hipótese de revisão de lançamento definitivamente homologado, mudança de critério jurídico e que o Fisco pretendeu promover relançamento de créditos constituídos pela própria Fiscalização, violando os arts. 145 e 149 do CTN que tratam da inalterabilidade do lançamento.

Sem razão, ainda, conforme já demonstrado, os argumentos da Impugnante de que a Fiscalização não pode desconsiderar os créditos de restituição de ICMS/ST apurados e, no seu entendimento, definitivamente homologados pelo Fisco, bem como os recolhimentos já efetuados pelo Contribuinte, o que implicaria em dupla incidência do imposto, sendo uma afronta à Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB – Decreto nº 4.657/1942 que obriga a adoção da opção mais razoável e não a mais conveniente para a Administração Fiscal.

Verifica-se que a recuperação do alegado crédito do imposto em razão de ressarcimento de ICMS/ST é procedimento distinto previsto no art. 22 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e, portanto, não há previsão legal para ser compensado no presente Auto de Infração.

Conforme mencionado, os arts. 22 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 tratam da autorização da restituição do tributo ao destinatário das mercadorias, que poderá adotar uma das seguintes medidas: (1) ressarcimento, mediante emissão de nota fiscal específica para tal finalidade, em nome de qualquer substituto tributário inscrito em Minas Gerais; (2) abatimento no imposto por ele mesmo devido, se for o caso, como substituto tributário ou (3) creditamento em sua escrita fiscal:

Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se realizou, o contribuinte observará o disposto nesta Subseção.

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

“Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.”

(...)

Art. 23. O estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não incidência;

III - perecimento, furto, roubo ou qualquer outro tipo de perda.

(...)

Art. 24. O valor do imposto poderá ser restituído mediante:

I -

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

“I - ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado;”

II - abatimento de imposto devido pelo próprio contribuinte a título de substituição tributária;

III - creditamento na escrita fiscal do contribuinte.

Efeitos a partir de 1º/01/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 47.581, de 28/12/2018.

§ 1º O contribuinte poderá se ressarcir junto a sujeito passivo por substituição inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado:

(...)

No caso da restituição mediante ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição, o art. 27 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 determina, ainda, que a nota fiscal de ressarcimento emitida pelo substituído deverá ser apresentada à Delegacia Fiscal de circunscrição para que seja autorizada a restituição.

Ademais, tal discussão foge ao escopo do lançamento ora analisado, uma vez que aqui se exige o ICMS/ST não apurado/recolhido pela Autuada (contribuinte

substituto tributário), sendo que eventuais créditos do imposto em razão de ressarcimento devem ser levados à escrita do contribuinte substituto eleito pelo substituído (no caso do art. 24, inciso I retro - ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste estado).

Quanto à solicitação da Impugnante de aproveitamento de crédito, caso seja mantido o entendimento da Fiscalização, sob pena de afronta ao princípio da não cumulatividade, a Fiscalização assim explica a metodologia de apuração do crédito tributário ora discutido:

Destaca-se que o valor dos créditos os quais o Impugnante tem direito, na esteira do princípio da não-cumulatividade, aqueles destacados nos documentos do remetente – Sujeito Passivo principal, foram considerados e abatidos dos débitos, conforme demonstrado na planilha “Cálculos e memória do Crédito Tributário”, fls. 20, na coluna “H” da aba “Resumo por Total N.F.” e nas colunas “F” e “G” na aba “Rel. Apuração 2”, anexada ao Auto de Infração. Outros créditos e recolhimentos afetos aos exigidos no presente Auto de Infração não são do conhecimento do Fisco, tão pouco trazidos à luz pelos autuados. Destarte, não há violação ao princípio da não-cumulatividade do crédito tributário como alegado pelo Impugnante – coobrigado.

A Impugnante defende que deve ser observada a não definitividade do ICMS/ST no caso concreto, por respeito ao princípio da unicidade das provas, citando legislações e argumentando que o Supremo Tribunal Federal (STF), através do RE nº 593.849/MG, estabelece o direito do contribuinte à restituição imediata e preferencial do imposto indevidamente recolhido a título de substituição tributária, para alcançar as hipóteses em que o valor final de venda seja inferior à base de cálculo presumida.

De plano, verifica-se que, conforme afirma a própria Impugnante, a decisão citada utiliza o termo restituição, portanto, sem o efetivo recolhimento, não há o que se falar em restituição.

Assim, após o pagamento do crédito tributário ora exigido, poderá a Coobrigada requerer a restituição de eventual parcela a qual a legislação lhe assegure o direito, observados os dispositivos legais aplicáveis, *in casu*, o art. 31-C e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Efeitos a partir de 1º/03/2019

Subseção IV-A

Da Complementação e da Restituição do ICMS Devido por Substituição Tributária em Razão da não Definitividade da Base de Cálculo Presumida

(...)

Art. 31-C - Nos casos em que o fato gerador se realizar por um valor inferior ao da base de cálculo presumida do ICMS ST, o contribuinte que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

houver praticado a operação interna de circulação da mercadoria a consumidor final fará jus à restituição, observado o disposto nesta subseção.

§ 1º - Somente fará jus à restituição a que se refere o caput, o contribuinte que não tiver realizado o repasse do valor do imposto pleiteado no preço da mercadoria ou, no caso de tê-lo feito, estar expressamente autorizado a recebê-lo por quem o suportou, caso em que os documentos comprobatórios deverão ser mantidos à disposição do Fisco.

§ 2º - Para fins de cálculo da restituição de que trata o caput, quando as notas fiscais que acobertaram as entradas das mercadorias tiverem sido emitidas por contribuintes substituídos sem a observância do disposto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 37 desta parte, o Fisco poderá utilizar o menor valor de base de cálculo do ICMS ST informado no registro "88STITNF" ou nos campos do Grupo relativo ao Código de Situação Tributária - CST - 60 ou Código de Situação Tributária da Operação no Simples Nacional - CSOSN - 500.

§ 3º - A restituição do ICMS ST de que trata o caput também é devida ao contribuinte substituído na saída de mercadoria para outra unidade da federação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte quando destinada a consumidor final não contribuinte.

(...)

Importante ressaltar que somente fará jus à restituição do ICMS/ST, o contribuinte que não tiver realizado o repasse do valor do imposto pleiteado no preço da mercadoria ou, no caso de tê-lo feito, estar expressamente autorizado a recebê-lo por quem o suportou, nos termos do § 1º supra, caso em que os documentos comprobatórios deverão ser apresentados ao Fisco.

Ademais, referida discussão, conforme já mencionado, mais uma vez, fuge ao escopo do referido lançamento, uma vez que aqui se exige o ICMS/ST não recolhido.

Destaca-se que os tributos exigidos no presente Auto de Infração não foram extintos com o pagamento, como alegado pela Impugnante, eis que não foram trazidos aos autos os comprovantes de recolhimentos solicitados no Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF) e nem por ocasião da apresentação da peça de defesa. Não se trata, assim, de presunção de falta de pagamento, restou comprovado o não recolhimento do imposto ora exigido.

Faz-se mister lembrar que o lançamento é uma atividade vinculada, conforme está expresso no art. 142, do Código Tributário Nacional, não havendo, assim, qualquer violação ao princípio da moralidade administrativa.

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário

pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Registra-se que o presente feito fiscal não traduz nova interpretação, mudança de entendimento, relançamento de crédito tributário ou mudança de situação jurídica consolidada, como já demonstrado, não havendo, portanto, qualquer ofensa à nova LINDB ou aos princípios da segurança jurídica, moralidade administrativa, ato jurídico perfeito, confiança, tipicidade tributária, legalidade e outros citados pela Defesa.

Da mesma forma, as legislações, doutrinas e jurisprudências apresentadas pela Impugnante não lhe socorrem.

O trabalho fiscal está baseado na legislação tributária vigente no período em que ocorreram os fatos geradores e em provas concretas do ilícito fiscal.

Registra-se, ainda, que por determinação legal (art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110, inciso I do RPTA) é defeso a este Órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *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;

(...)

Registra-se que os argumentos acima expostos respondem aos quesitos formulados no pedido de perícia pela Impugnante, comprovando que eles não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos

questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, como destacado em preliminar.

Quanto a exigência do adicional de alíquotas do FEM, veja-se a transcrição dos referidos dispositivos e do suporte legal, o art. 12-A, inciso VI, § 4º da Lei nº 6.763/75, cujo cálculo está precisamente demonstrado nas planilhas de fls. 20 (CD):

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

VI - perfumes, águas-de-colônia, cosméticos e produtos de toucador, exceto xampus, preparados antissolares e sabões de toucador de uso pessoal;

(...)

§ 4º A responsabilidade por substituição tributária prevista no art. 22 desta Lei aplica-se ao adicional de alíquota de que trata o caput deste artigo.

(...)

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

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;

(...)

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;

(...)

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e adicional de alíquotas do FEM, além das respectivas Multas de Revalidação, previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII do mesmo diploma legal.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa e ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme já mencionado, não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA) acima transcritos.

Com relação à afronta 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.

(...)

Ressalte-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Defesa apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Tiago Abreu Gontijo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Renata Pereira Schetini.

Sala das Sessões, 06 de julho de 2021.

Thiago Álvares Feital
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor