

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.481/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215906-79
Impugnação: 40.010130383-46
Impugnante: Arlindo Valencio - Rio Preto
CNPJ: 59.985697/0001-40
Coobrigado: Dhel Distribuidora Ltda
Proc. S. Passivo: Jean Dornelas/Outro(s)
Origem: P.F/Pedro Fagundes Sobrinho - Frutal

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. Constatado remessa de mercadoria (doces diversos), sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, destinada a contribuinte mineiro, sem recolhimento do ICMS/ST devido pela remetente, nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09. Legítimas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75. Entretanto, exclui-se do polo passivo da obrigação tributária o destinatário das mercadorias. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias classificadas na posição 2007 (descrição 43.1.78) da NCM/SH (doces diversos), sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09, destinadas a contribuinte mineiro, ora Coobrigado, acobertado pela Nota Fiscal eletrônica nº 000.001.896 (fl.5) emitida em 11/07/11, sem o recolhimento do ICMS/ST devido.

O remetente anexou o DAE nº 004113906-06 (fl. 6), no valor de R\$ 604,55, com recolhimento efetuado em 11/07/11 conforme autenticação bancária nele constante.

Tal recolhimento não foi aceito pelo Fisco sob a alegação de eleição errônea do Sujeito Passivo e valor inferior ao devido.

Exige-se ICMS/ST no valor de R\$ 1.102,52 e Multa de Revalidação prevista no art. 56 inciso II, § 2º da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/26, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 55/61.

DECISÃO

Da Preliminar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante alega vício no lançamento tendo em vista a existência de equívocos e omissões, que inelutavelmente maculam a sua existência, devendo estar integralmente vinculado e restrito aos fatos ocorridos, os quais devem, em sua totalidade, estarem descritos distinta e discriminadamente nos próprios autos.

Alega a defesa que no caso não foi apresentado o valor da nota fiscal ora discutido, ou descreve com retidão o nome da empresa a quem se destinavam os produtos.

Todavia, o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para a determinação da natureza das infrações. No próprio auto (fls. 02/03) encontram-se citados os dispositivos infringidos, as penalidades, os sujeitos passivos, o documento fiscal autuado e os valores do ICMS e da multa de revalidação.

Saliente-se que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Proceder nos termos da lei, na hipótese de lançamento tributário e nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, é se pautar nos seguintes passos:

- 1 – verificar a ocorrência do fato gerador;
- 2 – determinar o crédito tributário;
- 3 – calcular o imposto devido;
- 4 – identificar o sujeito passivo;
- 5 – identificar a penalidade (propor a penalidade a ser aplicada de acordo com a norma legal própria).

Nos presentes autos, verifica-se que todos estes passos foram seguidos.

Logo, uma vez que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento previstos no RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados, não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração.

Portanto, não restou caracterizado o cerceamento de defesa, porquanto foram observadas as normas tributárias aplicáveis ao caso concreto.

Do Mérito

Conforme já relatado a autuação versa sobre o transporte de mercadorias classificadas na posição 2007 (descrição 43.1.78) da NCM/SH (doces diversos), sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS nº 28/09, destinadas a contribuinte mineiro, ora Coobrigado, acobertado pela nota fiscal eletrônica nº 000.001.896 (fl.5) emitida em 11/07/11, sem o recolhimento do ICMS/ST devido.

O remetente anexou o DAE nº 004113906-06 (fl. 6), no valor de R\$ 604,55, com recolhimento efetuado em 11/07/11 conforme autenticação bancária nele constante.

Tal recolhimento não foi aceito pelo Fisco sob a alegação de eleição errônea do Sujeito Passivo e valor inferior ao devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foram eleitos para o polo passivo da obrigação tributária a empresa paulista (contribuinte substituto tributário) e a empresa mineira destinatária das mercadorias (responsável tributário).

Exige-se ICMS/ST no valor de R\$ 1.102,52 e Multa de Revalidação prevista no art. 56 inciso II, § 2º da Lei nº 6763/75.

O procedimento do Fisco está respaldado pelos arts. 13 e 46, inciso I, alínea “a”, § 4º, inciso I, Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

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

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

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

§ 4º - Na hipótese de recolhimento por sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não-inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, será observado o seguinte:

I - será emitida uma Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) distinta para cada nota fiscal, informando o número da nota no campo Nº do Documento de Origem;

Os produtos objeto da autuação estão classificados nas posições 2007 da NCM/SH – Doces, geléias “marmeladas”, purês e pastas de frutas, obtidos por cozimento, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 Kg, que se encontram listados no subitem 43.1.78, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

43. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS			
43.1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA			
SUBITEM	CÓDIGO NBM/SH	Descrição	MVA(%)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

43.1.78	20.07	<i>DOCES, GELÉIAS, "MARMELADES", PURÊS E PASTAS DE FRUTAS, OBTIDOS POR COZIMENTO, COM OU SEM ADIÇÃO DE AÇÚCAR OU DE OUTROS EDULCORANTES, EM EMBALAGENS DE CONTEÚDO INFERIOR OU IGUAL A 1 KG.</i>	53
---------	-------	--	----

A previsão da aplicação da substituição tributária para operações que envolvam os produtos autuados advém do Protocolo ICMS nº 28/09, celebrado entre os estados de Minas Gerais e de São Paulo, onde se encontra a Autuada, que é o contribuinte substituto, conforme o art. 12, §1º do Anexo XV do RICMS/02, a seguir:

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.

Assim, a Impugnante, estabelecida no estado de São Paulo, por força do Protocolo ICMS nº 28/09 e do art. 12, §1º do Anexo XV do RICMS/02, está obrigada a recolher antecipadamente o imposto devido ao Estado de Minas Gerais, na condição de substituta tributária.

A remetente autuada alega que o Fisco calculou o imposto devido aplicando para tais produtos, a MVA de 64,20%, quando o correto seria de 53%, conforme o dispositivo já citado da Parte 2 do Anexo XV.

Na caso em questão deve-se considerar a previsão no art. 19, § 5º do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

§ 5º - Nas operações interestaduais com a mercadorias relacionadas no itens ... 43 a 48 da Parte 2 deste Anexo, quando o coeficiente a que se refere o inciso IV deste parágrafo for maior que o coeficiente correspondente à alíquota interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), esta será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula "MVA ajustada = $\frac{\{(1+MVA-ST \text{ original}) \times (1-ALQ \text{ inter})\}}{(1-ALQ \text{ intra})} - 1$ " x 100", onde:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - MVA ajustada é o percentual, com duas casas decimais, correspondente à margem de valor agregado a ser utilizada para apuração da base de cálculo relativa à substituição tributária na operação interestadual;

II - MVA-ST original é o coeficiente, com quatro casas decimais, correspondente à margem de valor agregado prevista na Parte 2 deste Anexo;

III - ALQ inter é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

IV - ALQ intra é o coeficiente correspondente à alíquota estabelecida para a operação própria de contribuinte industrial substituído com a mercadoria em operação interna (grifou-se)

Neste caso, por se tratar de operação interestadual onde a alíquota interna (18%) é maior que a interestadual (12%), é necessário o ajuste da MVA que originalmente é de 53% (cinquenta e três por cento), estando correta, portanto, a Margem de Valor Agregado (MVA) ajustada utilizada pelo Fisco de 64,20% (sessenta e quatro e dois décimos por cento).

Em relação ao DAE apresentado pela Impugnante (fls. 6), frise-se, que a Fiscalização não o acatou tendo em vista que nele consta valor inferior ao devido e ainda indica a empresa destinatária como a fonte pagadora.

Pela análise do citado DAE, verifica-se que o valor recolhido não corresponde ao ICMS/ST devido e que nele não consta o número da nota fiscal a que se refere o recolhimento do imposto, nos termos do art. 46, §4º, inciso I do Anexo XV do RICMS/02 supracitado. Deste modo, extrai-se dos documentos acostados aos autos que não há como vinculá-lo à operação autuada.

Destaque-se que o contribuinte mineiro, Dhel Distribuidora Ltda., destinatário da mercadoria, foi eleito como Coobrigado, conforme art. 15 do RICMS/02 e §18 do art. 22 da Lei nº 6.763/75.

De acordo com este dispositivo, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST é atribuída também ao destinatário nos casos em que o remetente não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a menor.

Há que se entender a expressão retenção, como destaque do ICMS/ST na nota fiscal, em consonância com a melhor doutrina de Johnson Barbosa Nogueira (RDP vols. 21/22, p. 93-103), Sacha Calmon (Comentários ao Código Tributário Nacional, p. 294), Werther Botelho (Curso de Direito Tributário, p. 198), dentre outros, e o voto lapidar do Ministro do STF Eros Roberto Grau na ADI 2.777 / SP, oportunidade em que deixou consignado:

14. Outro ponto a ser considerado diz com a impossibilidade de parangonarmos a técnica da substituição tributária com a da retenção na fonte do imposto de renda. **Lá o contribuinte do tributo é o substituído;** aqui quem retém o imposto na fonte não o é, exercendo, compulsoriamente, autêntica atribuição de Administração Indireta --- um tipo especial de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cometimento da função de arrecadar (CTN, art. 7º, § 3º), como anotei em texto escrito há muitos anos. Situações diversas entre si não admitem cotejo. (g.n.)

Saliente-se que o valor do imposto devido, em razão de que não houve pagamento de qualquer valor é da totalidade do ICMS/ST apurado, conforme consta da acusação fiscal do Auto de Infração e seus Anexos.

Percebe-se que a Impugnante destacou o ICMS/ST a menor em documento fiscal destinado a contribuinte mineiro e não recolheu o imposto destacado, sequer o valor da diferença entre aquele e o valor total apurado pelo Fisco.

Como foi efetuado destaque do imposto no documento fiscal pela remetente e não houve o recolhimento do imposto, entende-se que seria cabível para a destinatária a exigência somente da diferença do valor total apurado pelo Fisco e do destacado na nota fiscal.

Portanto, como está sendo exigida a totalidade do imposto apurado, entende-se que não é cabível no caso em comento a inclusão da destinatária como Coobrigada em razão da unicidade e indivisibilidade do crédito tributário, e por não haver solidariedade de créditos tributários distintos, conclui-se que a responsabilidade é exclusiva do contribuinte remetente das mercadorias.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Coobrigada do polo passivo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 13 de dezembro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Bruno Antônio Rocha Borges
Relator