

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.592/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171911-04
Impugnação: 40.010130766-04 40.010130827-01 (Coob.)
Impugnante: OCV - Comércio de Metais e Serviços Ltda
IE: 479999980.00-80
Votorantim Siderurgia S.A. (Coob.)
IE: 186111520.08-20
Proc. S. Passivo: Alexandre Antônio Nascentes Coelho/Outro(s)/Marina Pires
Bernardes/Outro(s)(Coob.)
Origem: DF/Passos

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS/ST – OPERAÇÃO INTERNA – REMETENTE CONTRIBUINTE SUBSTITUTA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA DESTINATÁRIA. Constatou-se nos autos que a Coobrigada com estabelecimento em Betim/MG vendeu mercadorias para a Autuada sem a retenção (destaque) do ICMS devido por substituição tributária. A remetente das mercadorias é a Contribuinte do ICMS/ST, por força de que a mercadoria é sujeita a substituição tributária interna e por protocolo com algumas unidades da Federação. A destinatária é responsável solidária com fundamento no art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75, por isso, respondem sem hierarquia e sem benefício de ordem pela obrigação tributária. Corretas as exigências de ICMS/ST e multa de revalidação em dobro. Lançamento procedente. **Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção (destaque) do ICMS devido por substituição tributária pela Coobrigada, localizada em Betim/MG, em relação as suas vendas para a destinatária mineira, a Autuada, de mercadorias sujeitas à substituição tributária nos termos do subitem 18.1.39 do Anexo XV do RICMS/02.

Observa a Fiscalização, fls. 07, sic, “que a expedição e formalização do presente Auto de Infração se deu em função da 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, que em 26/09/11 converteu o julgamento do AI nº 01.000169608.64 em diligência, para que o Fisco promovesse a inclusão do remetente substituto tributário solidário no pólo passivo da obrigação tributária”.

Exigem-se ICMS/ST e multa de revalidação em dobro, esta com fundamento no art. 56, § 2º, inc. II da Lei nº 6763/75.

A Autuada, não se conformando com o lançamento, apresenta Impugnação às fls. 94/105.

A Coobrigada apresenta Impugnação às fls. 143/149.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco manifesta-se às fls. 193/205.

DECISÃO

Como descrito no relatório acima, o lançamento tributário esta a exigir o ICMS devido por substituição tributária, em face da falta de destaque do referido imposto nas notas fiscais de vendas, cuja remetente localiza-se em Betim/MG.

É importante destacar, inicialmente, que o desmembramento na forma realizada nos processos n^{os} 01.000171912-87 e 01.000169614-45 e o processo já julgado em 26/09/11, não foi uma solução adequada, porque separou os mesmos fatos em várias autuações fiscais, dificultando-se a análise do todo.

Todavia, neste caso, o desmembramento é necessário, obrigatório, em face da prestação solidária, cujo contribuinte substituto é a Votorantim e a responsável solidária é a OCV. Portanto, cada caso concreto é que dirá sobre a necessidade ou não do desmembramento de infrações em vários Autos de Infração.

A Autuada e a Coobrigada argumentam, nuclearmente, que não incide a substituição tributária na hipótese dos autos, porque a empresa destinatária industrializa os produtos.

Desta forma, entende ser aplicável à espécie o art. 18, inc. IV do Anexo XV do RICMS/02, que transcreve,

Todavia, não lhes assistem razão. O Fisco, cuidadosamente, quando dos atos preparatórios para o lançamento tributário efetuou uma análise minuciosa das notas fiscais de saídas promovidas pelo estabelecimento mineiro, ora autuado.

No Anexo 3, que é parte integrante da acusação fiscal, fls. 16/19, relatório de distribuição de frequência por CFOP, demonstrou-se que as saídas de produtos industrializados correspondem a menos de 3% (três por cento) do valor total das saídas, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

A regra do art. 18, inciso IV do Anexo XV do RICMS/02, prescreve:

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

(...)

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

De boa intuição, a regra acima descrita visa desonerar o custo da atividade industrial com o pagamento antecipado do imposto devido por substituição tributária, ainda que este imposto dê direito a crédito para o contribuinte destinatário.

Todavia, a regra construída para desonerar a atividade industrial com custos antecipados de tributos não é adequada ao caso dos autos, haja vista, que, comprovadamente, a Autuada não é um estabelecimento industrial e não utiliza as mercadorias objeto do lançamento como matéria-prima.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há a destacar-se que a atividade da Autuada que vende vergalhões, dentre outros produtos, para construção civil, é uma atividade comercial, mas esporadicamente tem de fazer cortes nos vergalhões para atender clientes, atividade que é intrínseca à comercialização de vergalhões, inclusive para adequação aos meios de transporte utilizados pelos adquirentes.

Assim, a interpretação como quer a Autuada, de que ela é um estabelecimento industrial, conforme consta do seu contrato social à fl. 97, invocando a segurança jurídica, levaria a um resultado absurdo.

Primeiro, o seu contrato social tem objeto amplo e não foram demonstradas topicamente as atividades industriais que exerce.

Também, esta demonstração não é necessária, visto que a Autuada trabalha preponderantemente com vergalhões de aço – CA50 – e arame recozido que são destinados, via de regra, para a construção civil.

Segundo, a interpretação requerida pela Impugnante levaria a inversão da lógica, ou seja, os produtos destinados à comercialização, mais de 97% (noventa e sete por cento) do total comercializado, não estariam sujeitos ao regime de tributação pela substituição tributária, porque no seu contrato social constou industrialização, ainda que o seu estabelecimento não seja industrial.

Ora, as regras de hermenêutica devem levar a uma interpretação razoável, lógica e não a absurdos, conforme propõe à Autuada para o caso concreto.

Portanto, aplica-se a regra da substituição tributária, devendo, quando da venda de mercadorias para o estabelecimento da Autuada, a Coobrigada-Votorantim promover a retenção (destaque) do ICMS devido por substituição tributária.

Há que se entender a expressão retenção utilizada na legislação do ICMS, 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 que deixou consignado:

14. Outro ponto a ser considerado diz com a impossibilidade de paragonarmos a técnica da substituição tributária com a da retenção na fonte do imposto de renda. **Lá o contribuinte do tributo é o substituto;** aqui quem retém o imposto na fonte não o é, exercendo, compulsoriamente, autêntica atribuição de Administração Indireta --- um tipo especial de cometimento da função de arrecadar (CTN, art. 7º, § 3º), como anotei em texto escrito há muitos anos. Situações diversas entre si não admitem cotejo. (grifou-se)

No lançamento tributário constam dois sujeitos passivos, a remetente das mercadorias – a Votorantim de Betim/MG, e a destinatária – a OCV de Passos/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estão inseridos no Auto de Infração a OCV como Sujeito Passivo e a Votorantim como Coobrigada.

É importante destacar que o sujeito passivo é o gênero, sendo suas espécies o contribuinte e o responsável, conforme dicção do art. 121, parágrafo único do CTN, que dispõe:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (grifou-se)

Rigorosamente correta a eleição do polo passivo da obrigação tributária, na forma veiculada pela Fiscalização. O inverso, o estabelecimento, empresa Votorantim como Sujeito Passivo e a OCV como Coobrigada, também, estaria, da mesma forma, correta.

É que não há benefício de ordem entre os sujeitos passivos solidários. Eles têm a mesma hierarquia. O Auto de Infração não diz que o primeiro deva ser o contribuinte ou o responsável. Trata a matéria de forma genérica, com acerto.

No caso concreto, sob análise, a Contribuinte é a Votorantim de Betim/MG, pois, é para ela que nasce diretamente a obrigação de reter (destacar) o imposto devido por substituição tributária e pagá-lo.

Em outras palavras, ela, Votorantim, é contribuinte e não responsável, pois a obrigação nasce diretamente para ela.

Ela é contribuinte por obrigação própria, mas de fato gerador alheio. A condição de contribuinte substituta é definida pela norma de tributação.

Portanto, em qualquer hipótese, a Contribuinte-Votorantim deve figurar no Auto de Infração. Não há de se perquirir se ela foi ou não induzida a erro pela destinatária, conforme argumenta na sua peça de Defesa. Se o foi ou não, a demanda deve ser resolvida pelo Direito Privado e não pelo Tributário.

Em outras palavras, a infração à legislação tributária, em regra, é objetiva, conforme disposição expressa do art. 136 do CTN.

O contrário, se a Contribuinte substituta não constar do Auto de Infração, gerará dificuldades para o acertamento do crédito tributário, quando ela, a Remetente-contribuinte, for fiscalizada pela fiscalização da sua localidade, que, por certo, irá exigir-lhe o imposto devido por substituição tributária nas operações com a Autuada-OCV.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a medida de trazer a Votorantim para o polo passivo da obrigação tributária, além de necessária e obrigatória, evitará outras discussões no futuro, porque os fatos que geraram o lançamento contra a Autuada tiveram origem na Votorantim e não ficariam registrados em relação a ela para o cotejo em futuras fiscalizações.

Portanto, ela, a Votorantim, deve compor a sujeição passiva do lançamento tributário na qualidade de contribuinte substituta.

Quanto à destinatária mineira, ela é responsável solidária.

A condição de responsável tributária da destinatária decorre da regra do art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75, que prescreve:

§ 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.

Inferese dos parágrafos supracitados que na hipótese de o contribuinte substituto não fazer a retenção ou fazê-la a menor é que surge a responsabilidade para o destinatário. E ele é responsável no sentido estrito, porque a sua obrigação decorre expressamente da lei.

E o destinatário é responsável solidário, porque a norma de responsabilidade o inclui na sujeição passiva sem excluir o contribuinte, cuja obrigação decorre da norma de tributação.

Observe-se que estas normas de responsabilidade solidária estão deslocadas do art. 21 da mesma lei, o que têm ocasionado dificuldades de sua análise.

Em síntese, o responsável tributário do art. 22 supracitado vem agregar a sujeição passiva junto com o contribuinte.

Desta forma, a OCV/MG é responsável solidária pela obrigação tributária em face de descumprimento de dever legal pela Votorantim, por isso, deve, também, compor o polo passivo da obrigação tributária.

Portanto, ambas, OCV/MG e Votorantim, respondem solidariamente pela obrigação, sem hierarquia ou benefício de ordem, como descrito no Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à penalidade aplicada, embora a Impugnante discorde, a mesma encontra supedâneo no art. 56, inc. II c/c o § 2º, incisos I e II da Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

§ 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;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

Assim, corretamente aplicada a multa de revalidação em dobro, sendo que a contribuinte, a Votorantim, não reteve o imposto devido por substituição tributária – o chamado ICMS/ST e, além de a destinatária mineira ser responsável solidária, ou seja, responde pelo crédito tributário conjuntamente com a Contribuinte substituta; ainda assim, a lei mineira prevê no inciso II uma multa específica e em dobro, também, para ela.

Quanto à decisão ter veiculado possível reflexo de outro Auto de Infração nesta decisão, decorre, basicamente, do não cumprimento da diligência pelo Fisco, o que não permite saber qual o resultado da decisão ilíquida que a 2ª Câmara de Julgamento proferiu no processo nº 01.000169614-15.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento, apresentado da Tribuna, de juntada de substabelecimento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Todavia, em face de não cumprimento pela Fiscalização de diligência no Processo nº 01.000169614-45, deve ser observada a liquidação do crédito tributário do PTA retromencionado, pois, caso seja apurado saldo favorável ao Contribuinte no item 4.2 este deverá ser deduzido dos débitos apurados no presente PTA. Caso seja apurado saldo favorável ao Contribuinte, este deve ser deduzido do PTA nº 01.000171912-87. Pela Impugnante-Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. Romero Lobão Soares e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 03 de abril de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Mauro Heleno Galvão
Relator