

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.347/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167324-20
Impugnação: 40.010128528-81
Impugnante: MAJF Comércio de Alimentos Ltda EPP
IE: 001063676.00-06
Proc. S. Passivo: Maria Ednalva de Lima/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS/ÁGUA MINERAL. Constatado, mediante cruzamento de dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores da empresa autuada com os registros de sua escrita fiscal, a falta de recolhimento do ICMS/ST relativos a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST interna). Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST no período de janeiro de 2009 a junho de 2010, relativo a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST interna), relacionadas às fls. 7/76 (produtos alimentícios e água mineral) no estabelecimento da Autuada, adquiridas do Estado do Rio de Janeiro.

Exige-se o ICMS/ST e a respectiva Multa de Revalidação do inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 85/106.

O Fisco se manifesta, às fls. 255/257, reformulando o crédito tributário conforme planilhas de fls. 258/261 e Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) de fls. 270/271.

Intimada, à fl. 276, a Contribuinte se manifesta às fls. 274/305.

O Fisco se manifesta às fls. 322/337.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 16/08/11, abre vista à Impugnante que se manifesta às fls. 347/380.

O Fisco novamente se manifesta às fls. 382/385.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante argui a preliminar de nulidade do lançamento alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista a não indicação no Auto de Infração dos decretos que incluíram os produtos relacionados às fls. 7/52 no regime da substituição tributária.

No entanto, para fins de exercício do direito de defesa, a indicação desses decretos é irrelevante, na medida em que o fundamento da imputação fiscal encontra-se disposta no art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, regularmente discriminada no relatório do Auto de Infração às fls. 4.

Ademais, todas as mercadorias foram identificadas, inclusive com sua classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), às fls. 7/52.

Tem-se, ainda, que em sessão realizada em 16/08/12, a 1ª Câmara de Julgamento abre vista a Impugnante, justamente pelo fato de os decretos regulamentadores e, que respaldam o trabalho fiscal, somente terem sido atuados após a manifestação fiscal. Na oportunidade, a Contribuinte novamente se manifesta.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa uma vez que a Impugnante pode se defender da acusação fiscal, contrapondo-se às exigências do Fisco.

Do Mérito

Saliente-se, como informado pela Fiscalização, que a presente autuação tem sua origem centrada na constatação, mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos do fornecedor da empresa autuada com as notas fiscais de entrada de mercadorias adquiridas em operações interestaduais (fls. 07-52) e sujeitas ao recolhimento de ICMS/ST, antes da entrada em território mineiro, conforme o disposto no art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/MG, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, alterado pelo Decreto nº 44.147/05, *in verbis*:

Art. 14 - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria 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.

Ao contrário do que alega a Impugnante, o dispositivo referido e transcrito aqui foi devidamente informado no relatório do presente Auto de Infração, às fls. 04, item 6.2.

Importante observar que a irregularidade em comento refere-se à falta de recolhimento do ICMS/ST, nos meses de janeiro de 2009 a junho de 2010, relativo a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST interna), constatada após levantamento das operações da Impugnante durante a verificação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Logo, as exigências fiscais referem-se ao ICMS/ST não recolhido ao erário, acrescido da Multa de Revalidação (50%), prevista no art. 56, II da Lei nº 6763/75, *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.

No que diz respeito ao Simples Nacional alegado na defesa como estando nele enquadrado, tem-se que, de acordo com o inciso VII do art. 13 da Lei Complementar 123/06, a Impugnante apurou e recolheu o ICMS, mediante documento único de arrecadação, sobre as operações realizadas no período de janeiro/09 a junho/10 e é importante ressaltar também que, nos termos do disposto no § 1º, inciso XIII, alínea “a” do mesmo art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, aqui citado, e adiante transcrito também, vê-se que tal fato não exclui a obrigatoriedade do recolhimento do imposto a título de substituição tributária:

Art. 13 O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

nas operações ou prestações sujeitas ao regime de **substituição tributária**; (grifou-se)

No entanto e como observado pelo Fisco, não consta dos autos qualquer comprovação de que o ICMS/ST exigido no período de janeiro/09 a junho/10, relativo a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST interna) tenha sido recolhido.

No que concerne à alegação da Impugnante de que “do texto do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, depreende-se que a condição de substituto tributário somente pode ser atribuída a terceiro alheio à ocorrência do fato gerador, e não ao próprio contribuinte (...)”, é importante lembrar o que nos ensina o ilustre tributarista

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Hugo de Brito Machado, no que se refere à responsabilidade, in “CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO”, (31ª edição):

“No Direito Tributário, a palavra *responsabilidade* tem um sentido amplo e outro estrito.

Em sentido amplo, é a *submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária*. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária”.

Em sentido estrito, é a *submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva*.

No CTN, a expressão *responsabilidade tributária* é empregada em sentido amplo nos arts. 123, 128, 136 e 138, entre outros. Mas também é usada em sentido estrito, especialmente quando o Código refere-se ao *responsável* como sujeito passivo diverso do contribuinte (art. 121, II).”

Sendo assim, tem-se que, em Direito Tributário, nem sempre a expressão “responsabilidade” deve ser entendida no sentido estrito, mas, também, no sentido amplo.

É importante observar, ainda, que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, quando se refere à possibilidade de se atribuir ao sujeito passivo a responsabilidade pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, relaciona-se ao aspecto temporal, ou seja, ao momento em que deva ser cumprida a obrigação tributária principal. E a referida Carta Magna permite expressamente que a exigência do cumprimento da obrigação principal possa ocorrer antes da concretização do fato imponible.

No caso da substituição tributária interna, no Estado de Minas Gerais, em consonância com as regras constitucionais, dispõe o art. 6º, § 5º, alínea “e” da Lei nº 6.763/75, que concerne à ocorrência do fato gerador do ICMS e o momento de sua exigência, que o Estado poderá exigir o pagamento. Tem-se, portanto, que a substituição tributária interna refere-se ao momento (aspecto temporal) em que se deve cumprir a obrigação principal, ou seja, o pagamento do tributo:

Art. 6º - 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;

(...)

§ 5º - O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

e) regime especial de tributação a ser estabelecido pelo Estado, na forma que dispuser o regulamento.

Conforme salientado anteriormente, toda a autuação tem sua origem centrada na constatação, mediante cruzamento dos dados contidos nos arquivos magnéticos dos fornecedores da empresa autuada com as notas fiscais de entrada entregues pela Impugnante.

As citadas informações foram obtidas do fornecedor “FBD Distribuidora Ltda”, CNPJ nº 00.801.296/0001-40, que, em consulta feita ao site “SINTEGRA” durante a verificação fiscal, constatou-se que o mesmo está sediado no município do Rio de Janeiro/RJ, e exerce a atividade de “Comércio Atacadista Especializado em Outros Produtos Alimentícios Não Especificados Anteriormente”.

Nas planilhas acostadas às fls. 07/54 e às fls. 200/224, além de discriminar os dados relativos a cada uma das notas fiscais emitidas pelo mencionado fornecedor, o Fisco demonstra os valores do ICMS/ST exigido, por produto (item), com as respectivas posições na Parte 2 do Anexo XV e margens de valor agregado, bem como as bases de cálculo encontradas.

Observe-se que as operações listadas nos quadros constantes dos autos foram informadas ao Fisco pela Contribuinte remetente (fornecedor da empresa autuada), por meio de seus arquivos SINTEGRA, nos termos da Cláusula Oitava, do Convênio ICMS 57/95, *in verbis*:

Convênio ICMS 57/95

Cláusula oitava - O contribuinte, de que trata a cláusula primeira, remeterá às Secretarias de Fazenda, Finanças ou Tributação das unidades da Federação, até o dia quinze (15), arquivo magnético com registro fiscal, das operações e prestações interestaduais efetuadas no mês anterior.

(...)

§ 2º - O arquivo remetido a cada unidade da Federação restringir-se-á às operações e prestações com contribuintes nela localizados.

Ressalte-se que o fornecedor mencionado anteriormente não era detentor, à época dos fatos geradores, de regime especial a que faz alusão o art. 2º, § 1º do Anexo XV do RICMS/02, que lhe permitisse, na qualidade de substituto tributário, efetuar a retenção do ICMS/ST no ato da saída dos produtos alimentícios de seu estabelecimento, inexistindo, também, qualquer protocolo firmado nesse sentido entre o Estado de Minas Gerais e aquele onde se situa o contribuinte remetente (RJ).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, a responsabilidade da empresa autuada, no que diz respeito ao ICMS/ST, conforme já mencionado anteriormente, está baseada no art. 14 do Anexo XV do RICMS/02, c/c art. 2º, § 1º do Anexo XV do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 14 - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria 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."

Art. 2º A substituição tributária, além das hipóteses previstas neste Anexo, poderá ser atribuída a outro contribuinte ou a categoria de contribuintes, inclusive entidade representativa de produtores rurais, mediante regime especial definido neste Regulamento ou concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

Cumpre destacar que a Impugnante não trouxe aos autos qualquer comprovação de que o ICMS/ST exigido no período de janeiro/09 a junho/10, relativo a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST interna) tenha sido por ela recolhido.

Vale ressaltar, entretanto, que a informação do recolhimento do ICMS/ST feito pela fornecedora – FBD Distribuidora Ltda. – referente às Notas Fiscais nº 35.021 e 88.664, já autuadas em outra oportunidade pela Fiscalização e que, erroneamente, teriam sido inseridas neste auto de infração, tiveram o seguinte entendimento:

1 - os produtos Batata McCain e Suco de Laranja, ambos referentes à Nota Fiscal nº 35.021, não foram autuados neste Auto de Infração. Verificando-se os Anexos 9 (fls. 62) e 12 (fls. 72), constata-se que no mês de janeiro/09 não houve cobrança do ICMS/ST, visto a incidência começar a partir de 01/08/09. Portanto, não há o que corrigir;

2 - em relação ao produto Mix Bauniha, constante da Nota Fiscal nº 35.021, foram acatadas as razões de Autuada às fls. 103, sendo a citada nota fiscal excluída da autuação e feita, conseqüentemente, a alteração no valor total do crédito tributário;

3 - Quanto à Nota Fiscal nº 88.664, relacionada ao produto "Crocante", as inconsistências nas informações trazidas aos autos, inviabilizou qualquer relação com a nota fiscal objeto do questionamento. A cópia do DAE apresentado como sendo o pagamento do ICMS/ST relativo a esta nota fiscal dá conta de um pagamento no valor de R\$ 3.516,11 e não traz qualquer menção à referida nota fiscal, enquanto que o valor do produto é de R\$ 102,79, com MVA de 328%. A base de cálculo da ST e de R\$ 439,94, ensejando a cobrança de ICMS/ST no valor de R\$ 66,85. Assim, diante da impossibilidade de se estabelecer qualquer relação entre o documento de arrecadação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentado e a nota fiscal objeto da cobrança e a total disparidade nas informações constantes no DAE com o que deve ser pago, não há como acatar o pedido de exclusão.

Quanto à alegação constante às fls. 104, de que o cálculo de substituição tributária em relação aos produtos Cone Biscoito, Caldas Diversas, Crocantes, Leite em Pó, Sache de Molhos, Salada de Galinha e Suco de Laranja, está incorreto (doc. 10), observa-se que a Autuada é que somou errado, conforme demonstram suas planilhas. Foi considerado nos seus cálculos o valor das mercadorias até dezembro de 2009, quando deveria somar até 28 de fevereiro de 2010. Tal atitude acarretou diferenças inexistentes e que levaram a Autuada a entender que a fiscalização teria constituído valores errados na autuação.

Portanto, por estar o cálculo do ICMS devido por substituição tributária, relativo aos produtos informados às fls. 104, corretamente feito, com base na legislação tributária vigente, não há que se falar em erro de cálculo, como defende a Impugnante, devendo a exigência ser mantida, conforme apresentada pela Fiscalização.

Vale ressaltar que, diferentemente do alegado na defesa, não há como relacionar o DAE nº 04.002145483.61, emitido pela Fiscalização para pagamento de autuação lavrada no Posto Fiscal Antônio Reimão de Mello, com o caso concreto, pois se refere ao fornecedor MLFC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA que não está no contexto desta acusação fiscal.

Quanto ao DAE 04.002145463.61, também questionado pela Impugnante, cumpre salientar que conforme consulta efetuada às fls. 334 o mesmo não foi localizado, ou seja, que tal arrecadação não existe no Sistema da SEF e, portanto, não há como refletir tal documento ao caso concreto.

Inobstante isso tudo, merece reparo também o feito fiscal no que diz respeito ao Produto “Crocantes Diversos”. Vê-se que a interpretação correta é a de que se tratam mesmo de produtos alimentícios, pois, no caso vertente, estes Crocantes não vêm “misturados” ao sorvete já que ficam separados, assim como outros itens, deste produto, o sorvete.

Portanto, entende-se que a melhor interpretação é a de que estes crocantes precisam ser visto de forma “autônoma” àquele outro, ou seja, ao sorvete, circunstância que o coloca na classificação de “Produto Alimentício” do Item 43 do Anexo XV do RICMS/02.

Assim, conclui-se pela adequação das exigências fiscais do produto “crocantes diversos” ao percentual de MVA previsto no item 43 do Anexo XV do RICMS/02.

Logo, correta a exigência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 255/261 e DCMM às fls. 270/271, e, ainda, para adequar a exigência fiscal do produto “Crocantes diversos” ao percentual de MVA previsto no item 43, Anexo XV do RICMS/02.

Por fim, é importante lembrar que este Egrégio Conselho de Contribuintes já decidiu a questão objeto do presente feito fiscal, em caso semelhante, Acórdão nº 19123/11/2ª, julgando de forma unânime, procedente o seu lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 255/261 e DCMM às fls. 270/271, e, ainda, para adequar a exigência fiscal do produto "Crocantes diversos" ao percentual de MVA previsto no item 43, Anexo XV do RICMS/02. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Tábata Hollerbach Siqueira (Revisora) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 25 de janeiro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

ml