

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.497/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172338-51
Impugnação: 40.010131180-30, 40.010131247-06 (Coob.)
Impugnante: Arrows Petróleo do Brasil Ltda
CNPJ: 03.698533/0001-87
Auto Posto Serra da Canastra Ltda - EPP (Coob.)
IE: 001045541.00-97
Origem: Núcleo de Contribuintes Externos – 1/RJ

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DESTINATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a inclusão da empresa destinatária como Coobrigada, por força do previsto nos §§ 18 e 20 do art. 22 da Lei Estadual nº 6.763/75 e parágrafo único do art. 75 do Anexo XV do RICMS/02.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO A MENOR E FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a retenção a menor e a falta de recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, em operações de remessas de álcool etílico hidratado a destinatário mineiro, que por força do Convênio ICMS nº 110/07 e legislação mineira, está obrigada a reter e recolher antecipadamente na saída, eis que não inscrita como contribuinte neste Estado. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve-se adequar a Multa Isolada nos termos do art. 55, inciso VII, alínea "c", Lei nº 6.763/75 c/c art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção a menor e falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária (ICMS/ST), devido a cada operação, nas remessas de álcool etílico hidratado combustível para o adquirente mineiro Auto Posto Serra da Canastra Ltda, IE 001.045541.00-97. As irregularidades foram constatadas no período fiscalizado compreendido entre 01/01/09 a 31/12/10.

Exigem-se o ICMS/ST, acrescido de Multa de Revalidação, nos termos do art. 56, inciso II, e § 2º, inciso I, e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, todos da Lei nº 6.763/75.

Incluiu-se como Coobrigada no Auto de Infração a destinatária.

A Autuada e a Coobrigada foram intimadas do Auto de Infração por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), em 13/12/11 e 20/12/11, respectivamente, conforme fls. 60 e 62.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta impugnação, por meio de seu procurador, regularmente constituído, protocolada, em 23/01/12, conforme se verifica à fl. 63.

Considerando, então, que a última intimação foi recebida pelo sujeito passivo Coobrigado em 20/12/11, com data de início da contagem do prazo em 21/12/11, dia de expediente normal, e término em 19/01/12, quinta-feira, também dia de expediente normal, negou-se seguimento à impugnação (fl. 128). Não foi apresentada reclamação.

A Coobrigada, por sua vez, apresenta, tempestivamente, por meio de seu procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 113 a 119, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 130/136.

DECISÃO

Conforme já relatado, o presente lançamento decorre da constatação de retenção a menor e falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária (ICMS/ST), devido a cada operação, nas remessas de álcool etílico hidratado combustível para o adquirente mineiro, ora Impugnante.

Preliminarmente, insta informar a legislação que embasa a exigência fiscal.

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) (...)

b) dispor sobre substituição tributária;

A Lei Complementar nº 87/96, por sua vez, em seu art. 9º, dispõe que, em caso de operação interestadual a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico entre os Estados interessados:

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

A previsão da aplicação da substituição tributária nas operações interestaduais com álcool etílico combustível advém do convênio ICMS nº 110/07, do CONFAZ, como segue:

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

I - álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. (álcool etílico anidro combustível e álcool etílico hidratado combustível), 2207.10.00;

(...)

No mesmo sentido caminhou a Lei nº 6763/75, conforme estabelecido no inciso II e no § 16 do seu art. 22:

Art. 22. - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

I - (...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 16. - Na hipótese do inciso II, o valor a recolher a título de substituição tributária será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pelas operações próprias.

(...)

Por sua vez, o Regulamento mineiro do ICMS/02 estabeleceu no Anexo XV:

Art. 1º - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido:

I - (...)

II - pelos adquirentes ou destinatários da mercadoria, pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

Art. 73 - Os contribuintes abaixo relacionados são responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nas saídas subseqüentes de combustíveis, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinados a este Estado:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - o distribuidor situado em outra unidade da Federação, observado o disposto no art. 81 desta Parte;

(...)

Art. 76 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações subseqüentes é:

III - nas operações com álcool etílico hidratado combustível, o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, ainda que o transporte seja executado pelo próprio adquirente, seguro, tributos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) obtido pela fórmula estabelecida no § 2º deste artigo;

§ 2º - A margem de valor agregado a que se refere o inciso III do caput deste artigo será obtida mediante a aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = [PMPF \times (1 - ALIQ) / (VFI + FSE) - 1] \times 100$, onde:

I - MVA é a margem de valor agregado, expressa em percentual;

II - PMPF é o preço médio ponderado a consumidor final do álcool etílico hidratado combustível, com ICMS incluso, praticado no Estado, expresso em moeda corrente nacional e apurado nos termos da cláusula quarta, exceto seu inciso III, do Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997, que será divulgado por ato da COTEPE/ICMS, publicado no Diário Oficial da União;

III - ALIQ é a alíquota do ICMS aplicável à operação praticada pela distribuidora de combustíveis;

IV - VFI é o valor da operação praticada pela distribuidora de combustíveis, sem ICMS, expresso em moeda corrente nacional;

V - FSE é o valor constituído pela soma do frete sem ICMS, seguro e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, expresso em moeda corrente nacional.

Como o contribuinte remetente não providenciou sua inscrição como substituto tributário no cadastro de Minas Gerais, o recolhimento do ICMS/ST deveria ser efetuado, em relação a cada operação, no momento da saída das mercadorias de seu estabelecimento, conforme § 2º da cláusula sétima do Convênio nº 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária:

Cláusula sétima - Poderá ser concedida ao sujeito passivo por substituição definido em Protocolo e Convênio específico inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda, Finanças ou Tributação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unidade da Federação destinatária das mercadorias, mediante remessa dos seguintes documentos:

(...)

§ 2º Se não for concedida a inscrição ao sujeito passivo por substituição ou esse não providenciá-la nos termos desta cláusula, deverá ele efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado destinatário, em relação a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento por meio de GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.

Em consonância, assim dispõe o RICMS/02, no Anexo XV:

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;

Verifica-se, pois, que toda a legislação pertinente estabelece a incidência do imposto nas operações que destinem álcool etílico hidratado combustível, atribuindo ao remetente, situado em outra unidade da Federação, no caso concreto, a ARROWS PETROLEO DO BRASIL LTDA, a condição de sujeito passivo por substituição tributária. É assegurado o recolhimento do imposto à unidade federada onde estiver localizado o destinatário, ou seja, a Minas Gerais, e esse recolhimento deveria ser efetuado em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), a cada operação, no momento da saída das mercadorias do estabelecimento do remetente.

As notas fiscais objeto da autuação apresentam destaque a menor ou falta de destaque do ICMS/ST, conforme Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - (DANFE) às fls. 28/50 e, além disso, não estavam acompanhados da respectiva GNRE, pois não existe qualquer recolhimento efetuado, no período em questão, pelo remetente a favor do Estado de Minas Gerais (fls. 52 a 58).

Dessa forma, corretas as exigências fiscais da empresa Autuada.

Em relação à empresa destinatária, constata-se sua inclusão como Coobrigada, por força do previsto nos §§ 18 e 20 do art. 22 da Lei Estadual nº 6.763/75. Confira-se:

Art. 22. - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

I - (...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 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.

(...)

§ 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.

No mesmo diapasão, o parágrafo único do art. 75 do Anexo XV do RICMS/02, estabelece:

Art. 75 - O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Parágrafo único - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Assim sendo, imperioso reconhecer a improcedência das argumentações da Coobrigada quando afirma não ter qualquer vinculação jurídica com o substituto responsável pela retenção e posterior recolhimento do ICMS.

Conforme legislação transcrita, a responsabilidade pelo pagamento do imposto não é exclusiva da distribuidora, mas sim, inclusiva. O contribuinte substituído, diversamente do postulado, pode ser penalizado pelo não recolhimento do ICMS/ST por parte de seu substituto, em face da solidariedade prevista.

Portanto, a tese da Coobrigada não tem o condão de ilidir o feito fiscal, nem de isentá-la da cobrança do crédito tributário.

Outrossim, o princípio do não confisco em relação às multas, trazido como elemento de defesa pela Impugnante, não pode ser apreciado. A imposição das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste Estado, não competindo ao CC/MG negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03/03/08 de que assim dispõe:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

No caso dos autos, no entanto, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75 merece estudo apartado.

O dispositivo legal capitulado pelo Fisco prescrevia, à data do lançamento:

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

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada

No entanto, o dispositivo em questão foi alterado pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978/11. A novíssima redação é a seguinte:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Pela nova redação do inciso VII, a penalidade maior, de 40% (quarenta por cento), somente se aplicará em relação à base de cálculo da substituição tributária, quando presente a supressão de base de cálculo da operação própria. Ou seja, o percentual aplicável para o caso dos autos passou a ser de 20% (vinte por cento), conforme alínea "c" acima transcrita.

A vigência do dispositivo em tela se deu a partir de 01/01/12, ou seja, posteriormente à lavratura do Auto de Infração. Entretanto, aplica-se *in casu* a denominada retroatividade benigna, a teor do disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, para fins de reduzir a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que seja adequado o percentual da exigência da Multa Isolada, ao disposto na alínea "c", inciso VII, art. 55 da Lei nº 6.763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 04 de junho de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

CC/MG