

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.126/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001041371-32
Impugnação: 40.010146300-01
Impugnante: EUNADIL Eunápolis Distribuidora de Bebidas Ltda.
CNPJ: 12.433697/0001-73
Proc. S. Passivo: Rebeca Brandão de Jesus/Outro(s)
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de fazer a retenção e recolhimento do ICMS/ST incidente nas saídas de mercadorias com destino a contribuinte mineiro, devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, incidente nas operações interestaduais com bebidas, conforme preceitua o Protocolo ICMS nº 11/91, do qual Minas Gerais e Bahia são signatárias. Corretas as exigências de ICMS/ST e respectiva Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, além da Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, ambas da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o adicional de alíquota do ICMS/ST correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações com mercadorias (bebidas) previstas no inciso do art. 2º, inciso I c/c art. 3º, inciso I, ambos do Decreto nº 45.934/12. Corretas as exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de destaque e de recolhimento de ICMS/ST e do adicional de alíquotas de ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), na saída de bebidas com destino a contribuinte mineiro, realizadas no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016 2017.

Exigências de ICMS/ST e do adicional 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 do art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 42/54, acosta documentos de fls. 55/90, pedindo a nulidade do lançamento ou sua improcedência.

A Fiscalização se manifesta às fls. 93/109 dos autos, defende a correção do feito fiscal, afastando a alegação de nulidade, e no mérito pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, contudo apresenta de forma vaga e genérica sua causa de pedir.

No caso, razão não assiste à Impugnante, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de destaque e de recolhimento de ICMS/ST e do adicional de alíquotas de ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), na saída de bebidas com destino a contribuinte mineiro, realizadas no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

Exigências de ICMS/ST e do adicional 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 do art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

Inicialmente, cumpre salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República, em seu art. 150, § 7º e na Lei Complementar nº 87/96.

A legislação tributária mineira regulamentou, por meio do art. 22 da Lei nº 6.763/75, o regime em comento, da seguinte forma, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

I - alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria, ou do destinatário ou do usuário do serviço;

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

No caso de operações interestaduais, quando firmado 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.

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

No caso dos autos, a substituição tributária foi determinada pelo Protocolo ICMS nº 11/91, onde consta como signatário o estado da Bahia, recepcionado pelo RICMS/02, em seu Anexo XV.

Protocolo ICMS 11/91:

Os Estados do Acre, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e o Distrito Federal, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda ou Finanças, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 25 do Anexo único ao Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, conjugado com as disposições do artigo 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte

PROTOCOLO

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes.

Anexo XV do RICMS/02:

PARTE 2

DAS MERCADORIAS PASSÍVEIS DE SUJEIÇÃO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

3. CERVEJAS, CHOPES, REFRIGERANTES, ÁGUAS E OUTRAS BEBIDAS

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

3.1 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins (Protocolo ICMS 11/91).

3.2 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Amapá (Protocolo ICMS 188/09), Distrito Federal (Protocolo ICMS 30/13), Paraná (Protocolo ICMS 188/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 188/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 188/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 188/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 28/09).

Quanto à sujeição passiva cabe destacar o disposto nos arts. 12, 13 e 46 do Anexo XV do RICMS/02, transcritos 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 subsequentes.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; (grifou-se)

Toda a legislação e procedimentos constam da Orientação Tributária DOLT/SUTRI Nº 001/2007.

A Impugnante questiona o fato de estar enquadrada no regime de recolhimento do Simples Nacional e alega ter recolhido o imposto devido.

Ocorre que o contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional, estabelecido fora do estado de Minas Gerais, deverá observar as regras relativas à ST, pois o instituto da substituição tributária está relacionado com a operação com determinadas mercadorias, e não ao regime de recolhimento.

Os recolhimentos no âmbito do Simples Nacional não abarcam o imposto devido a título de substituição tributária, conforme disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "a" da Lei Complementar nº 123/06.

A responsabilidade pelo pagamento do ICMS/ST é atribuída ao contribuinte em relação às operações subsequentes com as mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no caso em razão do Protocolo ICMS nº 11/91.

Descabida também a alegação de o ICMS/ST já ter sido recolhido ao estado da Bahia, com encerramento da tributação.

Ainda que tenha ocorrido o fato gerador do ICMS/ST na saída originária da mercadoria de estabelecimento remetente baiano, até então “presumido”, supondo-se ocorrer toda a cadeia de comercialização na Bahia (pela falta de precisão na determinação de sua realização futura), ocorrendo venda para outro estado (Minas Gerais no caso dos autos) inicia-se nova etapa de tributação, com incidência do ICMS/ST, então devido a Minas, o que ratifica a sujeição ativa.

No tocante à emissão das notas fiscais, o sujeito passivo por substituição, contribuinte substituto remetente da mercadoria, hipótese da Autuada, deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação promovida, além dos demais requisitos exigidos: I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária; II - o valor do imposto retido; III - o seu número de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste estado, se situado em outra unidade da Federação.

O documento fiscal emitido nas operações com ST praticadas por contribuinte substituto optante pelo Simples Nacional deverá ser emitido na forma indicada pela legislação que trata do Simples Nacional, ou seja, os campos relativos à base de cálculo e ICMS da operação própria deverão ser inutilizados, conforme disposição consolidada na Resolução CGSN nº 140/18.

Ressalte-se que as informações necessárias para demonstrar a apuração do ICMS/ST deverão ser registradas no campo "Base de Cálculo ICMS Substituição" e no campo "Valor ICMS substituição" respectivamente ou, em sua falta, no quadro “Informações Complementares” do documento fiscal. Contudo a Autuada não observou as regras para emissão da nota fiscal.

Quanto à alegação de que os destinatários seriam pessoas físicas (consumidores finais), tem-se que no presente caso a Fiscalização minuciosamente desconstituiu a alegação, conforme demonstrado nos anexos ao Auto de Infração e na manifestação fiscal de fls. 93/109.

Vale frisar que o § 1º do art. 55 do RICMS/02 dispõe que é a habitualidade **ou** o volume a caracterizar o intuito comercial, ou seja, não é exigida a ocorrência dos dois requisitos.

O mesmo pode se interpretar com o disposto no § 3º do mesmo artigo que também cita a conjunção “**ou**”, *in verbis*:

Art. 55. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação referidas no caput deste artigo.

(...)

§ 3º Os requisitos de habitualidade ou de volume que caracterize intuito comercial não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos III a VII, X e XI do artigo 1º deste Regulamento.

Na mesma linha dispõe o art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

Aqui cabe destacar que o fato de estar consignado em vários documentos fiscais destinatário pessoa física, sócio de empresa que comercializa os produtos adquiridos não só confirma o lançamento como a simulação de venda a contribuinte, operação documentalmente registrada como venda a consumidor pessoa física.

Assim, além das ocorrências referentes às notas fiscais emitidas para pessoas físicas que figuram no quadro societário de empresas que operam com os produtos autuados, nos demais casos restou demonstrado e comprovado o volume e/ou frequência (habitualidade) que caracteriza intuito comercial das operações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corretas, pois, as exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação, previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, do mesmo diploma legal.

A exigência do adicional de alíquota de ICMS/ST referente ao FEM está prevista no art. 2º, inciso I c/c art. 3º, inciso I, ambos do Decreto nº 45.934/12:

Art. 2º Na operação interna que tenha como destinatário consumidor final e na operação interestadual que tenha como destinatário pessoa não contribuinte do ICMS, realizadas até 31 de dezembro de 2015, com mercadoria abaixo relacionada, a alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais:

I - cerveja sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

(...)

Art. 3º O disposto no artigo 2º:

I - aplica-se, também, na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor), Geraldo da Silva Datas e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Sala das Sessões, 08 de novembro de 2018.

Marco Túlio da Silva
Presidente / Relator

T