

Acórdão: 23.641/24/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002149890-10
Impugnação: 40.010153244-01
Impugnante: Vitória Plast Distribuidora Ltda
IE: 003194472.00-49
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT/RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no município de Serra, no estado do Espírito Santo, que por força do Protocolo ICMS nº 26/10, está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela Autuada, substituto tributário mineiro por força do Protocolo ICMS nº 26/10, no período de 01/11/16 a 31/12/19, referente às saídas subsequentes das mercadorias (materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno), relacionadas no Capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas aos contribuintes mineiros,

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I do citado artigo e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às págs. 60/68. Requer ao final a procedência da impugnação.

Da Reformulação do Lançamento

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização emite o Termo de Rerratificação de Lançamento de págs. 97.

Aberta vista, a Impugnante não se manifesta.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às págs. 245/254, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento nos termos da reformulação efetuada.

Em sessão realizada em 21/02/24, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Wertson Brasil de Souza, nos termos do art. 70 do Regimento Interno do CCMG, aprovado pelo Decreto nº 48.361/22, marcando-se extrapauta para o dia 22/02/24, ficando proferidos os votos dos Conselheiros André Barros de Moura (Relator), Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Antônio César Ribeiro, que julgavam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 97 (págs. 257).

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela Autuada, substituto tributário mineiro por força do Protocolo ICMS nº 26/10, no período de 01/11/16 a 31/12/19, referente às saídas subsequentes das mercadorias (materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno), relacionadas no Capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas aos contribuintes mineiros,

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I do citado artigo e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Na impugnação apresentada, a Autuada informa que comercializou “caixas plásticas multiuso” (NCM/SH 3925.90.90) para consumidores no estado de Minas Gerais.

Assevera que os produtos classificados no NCM/SH 3925.90.90 (caixas plásticas) não são materiais de construção ou itens exclusivamente relacionados à construção, e por isso, não houve destaque de ICMS/ST nas operações com as referidas mercadorias.

Esclarece que embora tenha como CNAE Principal a comercialização de materiais de construção, ela comercializa também, outros produtos não relacionados à construção.

Ao final, conclui que as caixas plásticas comercializadas nas operações autuadas, ainda que classificadas por ela no NCM/SH 3925.90.90, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária de ICMS, já que não estão incluídas na descrição do item 16.0 do Capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, bem como não guardam relação com qualquer espécie de material de construção.

A Fiscalização acata as alegações da Impugnante em relação às mercadorias de NCM/SH 3925.90.90 (caixas plásticas com uso diverso), sendo as exigências relativas às mesmas retiradas do presente PTA, pois, no período desta peça fiscal, o âmbito de aplicação da referida NCM/SH, realmente, restringia-se, somente, às operações internas.

Intimada da referida reformulação a Impugnante não se manifesta.

Assim, o que se observa é que as exigências de ICMS/ST referentes às demais mercadorias comercializadas pela Impugnante constantes do Auto de Infração, mostram-se corretas, uma vez que a mesma é substituto tributário mineiro por força do Protocolo ICMS 26/10 (que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno) e não efetuou a retenção e nem o recolhimento do ICMS/ST devido nas saídas subsequentes, quando da remessa das mercadorias relacionadas no Capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas aos contribuintes mineiros.

A Autuada é uma empresa que atua como comércio atacadista especializado de materiais de construção, com CNAE fiscal principal: 46.79.6-04, estabelecida em Serra/ES.

O Protocolo ICMS nº 26/10, firmado entre os estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, relativo à substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres, em sua Cláusula Primeira, *caput*, atribui ao estabelecimento remetente o dever de reter e recolher o ICMS relativo às operações subsequentes:

Protocolo ICMS nº 26/10

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais, Pará e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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.

(...)

A legislação mineira a respeito do tema prevê a substituição tributária na venda de mercadorias relacionadas no capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Assim, por força do art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, cabe à Autuada a retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações com destino a contribuintes mineiros:

RICMS/02 - Anexo XV

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 submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

A base de cálculo do ICMS/ST está prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3, observado o ajuste do § 5º, do mesmo do Anexo XV do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

I - em relação às operações subsequentes:

(...)

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de 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 - estabelecido para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

(...)

§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas na 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 = $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ”, onde:

(...)

A base de cálculo e o valor do ICMS/ST retido devem ser indicados pelo substituto nos campos próprios da nota fiscal, nos termos do art. 32 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 32. O sujeito passivo por substituição deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por ele promovida, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - o valor do imposto retido;

(...)

Ressalta-se que, além do ICMS/ST não recolhido pela Autuada, corretamente exigiu-se a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, *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.

(...)

§ 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;

(...)

Correta, também, a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, em virtude de inadimplemento pela Contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade citada. Confira-se:

Lei 6.763/75

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

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

Com efeito, a multa de no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS/ST efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso XXXVII da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória, (falta de consignação da base de cálculo do imposto prevista na legislação).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...)

É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Assim, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 97, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes do Auto de Infração em comento.

Em razão da aplicação do art. 70 do Regimento Interno do CCMG, aprovado pelo Decreto nº 48.361/22, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 21/02/24. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 97. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora), Antônio César Ribeiro e Wertson Brasil de Souza.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2024.

André Barros de Moura
Presidente / Relator