

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.596/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169608-64
Impugnação: 40.010129656-69
Impugnante: OCV - Comércio de Metais e Serviços Ltda
IE: 479999980.00-80
Proc. S. Passivo: Alexandre Antônio Nascentes Coelho/Outro(s)
Origem: DF/Passos

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS/ST – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – ST INTERNA – DESTINATÁRIA CONTRIBUINTE SUBSTITUTA. Constatou-se nos autos que a Autuada adquiriu mercadorias sujeitas à substituição tributária, de unidades da Federação não signatárias de Convênio ou Protocolo, deixando de fazer, até o momento da entrada das mercadorias no território mineiro, a retenção do ICMS devido por substituição tributária. Portanto, no caso dos autos, a destinatária mineira, Autuada, é a contribuinte substituta. O crédito tributário foi reformulado às fls. 158/164 para excluir as operações oriundas de contribuinte substituto mineiro. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária pela Autuada, em face de aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária de unidades da Federação não signatárias de Convênio ou Protocolo.

As mercadorias objeto da autuação estão sujeitas à substituição tributária nos termos do subitem 18.1.39 do Anexo XV do RICMS/02.

O presente lançamento foi reformulado às fls. 163/164, com exclusão das operações que foram objeto do Auto de Infração nº 01.000171911-04, de 01/11/11.

Exigem-se ICMS/ST e Multa de Revalidação simples, esta com fundamento no art. 56, inc. II da Lei nº 6763/75, conforme fls. 163/164.

A Autuada, em relação à nova acusação fiscal, apresenta Impugnação de fls. 192/203.

O Fisco manifesta-se às fls. 230/236.

DECISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O presente lançamento decorreu de desmembramento, conforme diligência da 1ª Câmara de Julgamento de fls. 156.

Como descrito no relatório acima, a autuação versa sobre a falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária pela Autuada, em face de aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária de unidades da Federação não signatárias de ajustes específicos.

No caso dos autos, o desmembramento foi necessário, obrigatório, em face da impossível prestação solidária parcial da contribuinte substituta Votorantim com a Autuada-OCV.

Nestes autos, na forma inicialmente concebida, a Autuada era a responsável solidária com a Votorantim e, ao mesmo tempo, Contribuinte substituta em relação às operações oriundas de outras unidades da Federação não signatárias de Convênio ou Protocolo.

Há a destacar-se que na obrigação solidária, a prestação é **una**, indivisível, sendo, os obrigados solidários responsáveis pela totalidade do crédito tributário sem benefício de ordem.

Além do mais, para que a Votorantim pudesse responder solidariamente pela obrigação tributária, na condição de contribuinte substituta, foi necessário o desmembramento do Auto de Infração, na forma proposta pela 1ª Câmara de Julgamento.

Também, e não menos importante, a medida de trazer a Votorantim para o polo passivo da obrigação tributária em outro lançamento, com o desmembramento efetuado, além de necessário e obrigatório, evitará, por certo, outras discussões no futuro.

É que os fatos que geraram o lançamento contra a Autuada, que tiveram origem na Votorantim, não ficariam registrados em relação a ela (Votorantim) para o cotejo em futuras fiscalizações.

Com estas considerações, passa-se a análise do lançamento remanescente.

A Autuada argumenta, 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 lhe assiste 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. 15/18, 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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. 195, invocando a segurança jurídica, levaria a um resultado absurdo.

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

Também, esta demonstração não é necessária para o caso dos autos, 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 pelo regime da 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 aquisição, em operações interestaduais, de contribuintes de unidades da Federação que não são signatárias de acordos específicos, convênio ou protocolo, deve a Autuada reter o imposto devido por substituição tributária.

Todavia, em que pese à conclusão da Fiscalização de que o imposto é devido no momento da entrada das mercadorias no território mineiro, na dicção do art. 46, inciso II do Anexo XV, o imposto deve ser pago até o momento da entrada no território mineiro, nos seguintes termos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 46. O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

(...)

II - o momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses dos arts. 14, 15, 75 e 110-A desta Parte; (grifou-se)

Por outro lado, há que se entender a expressão retenção do imposto 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 Jurista, Professor e 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 presente lançamento foi incluída como Sujeito Passivo no Auto de Infração à OCV de Passos/MG – que é a contribuinte substituta como já visto.

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 à eleição do polo passivo da obrigação tributária, na forma veiculada pela Fiscalização.

Quanto à penalidade aplicada, embora a Impugnante discorde, a mesma encontra supedâneo no art. 56, inc. II da Lei 6763/75, nos seguintes termos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 158/164. 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