

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.396/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000581415-60
Impugnação: 40.010141652-95 (Coob.)
Impugnante: Comercial Amajax Ltda (Coob.)
IE: 277927164.00-06
Autuada: Acumuladores Ajax Ltda
CNPJ: 44.995595/0004-80
Coobrigado: Nasser Ibrahim Farache
CPF: 039.549.028-69
Proc. S. Passivo: Fábio Júnior de Souza Rodrigues
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DESTINATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. A destinatária das mercadorias responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias do remetente, por força do que prescreve o art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, combinado com o § 18 do art. 22 da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 3º, inciso I da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST devido pela Autuada, na condição de contribuinte substituto tributário, de acordo com o disposto no Protocolo ICMS nº 41/08 e art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, referente às operações com mercadorias (baterias) destinadas à substituição de outras danificadas, em razão de garantia. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento trata da falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária pela Autuada, na condição de contribuinte substituto tributário, de acordo com o disposto no Protocolo ICMS nº 41/08 e art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, referente às operações com mercadorias (baterias) destinadas à substituição em garantia, no período de junho de 2013 e maio de 2014.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 c/c inciso II do § 2º de tal artigo.

A multa isolada, pelo descumprimento de obrigação acessória, foi exigida mediante a lavratura do Auto de Infração nº 01.000581439-61, de responsabilidade da Autuada.

Da Impugnação

Inconformada, a Coobrigada Comercial Amajax apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/43, oportunidade em que alega, em síntese, que:

- o ICMS só é devido quando decorrente da compra e venda de mercadorias, quando ocorre o fato gerador do tributo;
- caracteriza *bis in idem* a cobrança do imposto sobre mercadorias que foram destinadas tão somente para trocas, em razão de garantia;
- o destinatário final da mercadoria é o mesmo; a mercadoria não foi revendida a terceiros, apenas substituiu a que apresentou defeito anteriormente, portanto não ocorreu o fato gerador do tributo nessa operação;
- o princípio do *non bis in idem* tem presença garantida no sistema jurídico penal e tributário de um estado democrático de direito;
- há ilegitimidade passiva ao ser inserida como Coobrigada no presente Auto de Infração, posto que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é da Acumuladores Ajax;
- não possui débito com a Autuada (Acumuladores Ajax), o que a desobriga de figurar no presente Auto de Infração.

Cita o endereço atual da Acumuladores Ajax, a qual, segundo informa, encontra-se em processo de recuperação judicial.

Requer, a exclusão de sua responsabilidade em relação ao Auto de Infração, bem como citação da Autuada, Acumuladores Ajax, no endereço fornecido.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, na Manifestação de fls. 55/57, refuta todas as alegações da Defesa e pede pela procedência do lançamento, em síntese, aos seguintes fundamentos:

- em relação à alegação inicial de que a remessa em garantia de bateria não configura fato gerador, a Contribuinte está equivocada, pois o estado já se manifestou sobre a matéria, por diversas vezes, como na Consulta de Contribuinte nº 227/06 e nº 244/10, além do Acórdão nº 18.659/08/3ª, no qual a decisão considerou que, no caso de baterias, é devido o ICMS/ST na remessa em garantia, pois neste caso é enviado uma nova bateria, ou seja um produto diferente do que foi devolvido, uma vez que não há recuperação de bateria;

- quando do recebimento da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) sem destaque e recolhimento do ICMS/ST, a Impugnante deveria ter efetuado tal recolhimento. O que não tinha como fazer era efetuar a retenção do imposto na nota emitida por terceiro e,

por isso, a autuação referente à tal infração foi lançada exclusivamente tendo o remetente, Acumuladores Ajax, no polo passivo, conforme AI 01.000581439-61, citado nesses autos;

- quanto à inserção da Coobrigada no polo passivo da obrigação, a sua responsabilidade solidária está prevista no art. 15 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que não houve o recolhimento do ICMS/ST devido pelo remetente, sujeito passivo por substituição, ao Erário estadual;

- o fato da Impugnante não ter débito com a vendedora (Autuada) não o exime da obrigação.

Pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Como relatado, trata o presente lançamento da falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária pela Autuada, na condição de contribuinte substituto tributário, de acordo com o disposto no Protocolo ICMS nº 41/08 e art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, referente às operações com mercadorias (baterias) destinadas à substituição em garantia, no período de junho de 2013 e maio de 2014.

Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

A multa isolada, pelo descumprimento de obrigação acessória, foi exigida mediante a lavratura do Auto de Infração nº 01.000581439-61, de responsabilidade da Autuada.

A Fiscalização anexou aos autos, às fls. 05, cópia da publicação do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF no Diário Oficial, uma vez que a intimação enviada à Autuada, Acumuladores Ajax, foi devolvida pelos correios com a informação de que não existe o número indicado, conforme documento dos Correios anexado às fls. 9.

Encontra-se também nos autos as planilhas “Relatório de Apuração do ICMS/ST devido” (fls. 11/13); Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) nº 034024/034025/038645/038758, objeto de autuação (fls. 14/18); planilhas extraídas do SIARE, relativas ao Remetente e Destinatário, com os pagamentos efetuados no período, para demonstrar que não houve recolhimento relativo a tais notas fiscais; extrato do SIARE informando a situação cadastral “Suspenso” em relação à Autuada e indicando o Sr. Nasser Ibrahim Farache como sócio-gerente; informações do SINTEGRA sobre a situação cadastral da Autuada.

Encontra-se também nos autos, todas as comprovações das intimações feitas aos Sujeitos passivos, inclusive, por edital, quando não foi possível localizá-los.

Conforme se verifica, as operações com os produtos objeto da autuação fiscal estão sujeitos à substituição tributária conforme previsto nos subitens 14.52 e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

14.97 da parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com a redação vigente na época dos fatos geradores.

A Autuada, remetente das mercadorias, está obrigada ao recolhimento dos tributos devidos a título de substituição tributária, em razão de sua condição de contribuinte substituto, estabelecida mediante Protocolo ICMS nº 41/08 e art. 12 do Anexo XV do RICMS/02.

Leciona Matteus Viana Neto, na obra “A Lei Complementar nº 87/96 Interpretada, da Editora de Direito, pág. 197:

A substituição tributária é instituto jurídico que objetiva concentrar a arrecadação dos tributos em poucas pessoas que na sistemática normal é pulverizada em inúmeros contribuintes. Com isso, facilita-se a arrecadação e a fiscalização dos tributos porque reduz ao mínimo o número de contribuintes responsáveis pelo pagamento do imposto. Com a substituição tributária pode até ser que haja aumento na carga tributária, mas não necessariamente a do contribuinte substituto: ele tem possibilidade de transferir o ônus tributário para o substituído.

Nas operações interestaduais, a sujeição passiva é regulada por convênios e protocolos firmados entre os estados. Já na substituição tributária instituída no âmbito interno do estado, o imposto deve ser recolhido no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, conforme determinação contida no Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais, mais especificamente em seu Anexo XV.

Assim, quando o fabricante das baterias novas/consertadas remete-as à Contribuinte mineira, ora Coobrigada, deve haver o recolhimento de ICMS a título de substituição tributária.

Como bem salientou a Fiscalização em sua manifestação, o entendimento quanto à incidência do ICMS/ST, em relação às mercadorias remetidas para este estado a título de substituição em garantia, que dá início a uma nova cadeia de circulação, encontra respaldo na legislação de regência, esclarecida na solução dada às Consultas de Contribuinte nºs 227/06 e 244/10, relativas à mesma matéria que ora se discute, sendo que essa última reproduz-se a seguir:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 244/10

(MG de 05/11/2010)

PTA Nº : 16.000336596-44

CONSULENTE : Enerbrax Acumuladores Limitada

ORIGEM : Bauru - SP

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BATERIAS - GARANTIA -A saída de bateria retificada ou de bateria nova com destino ao revendedor em virtude de substituição em garantia ocorrerá com incidência do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS, devendo ser efetuada nova retenção do imposto a título de substituição tributária em favor deste Estado, nos termos do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, empresa estabelecida no Estado de São Paulo, afirma ser inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais, na condição de sujeito passivo por substituição, posto que comercializa produtos alcançados pelo regime de substituição tributária.

Informa ser fabricante de acumuladores elétricos (baterias) para motocicletas, os quais são classificados sob o código 8507.10.00 na NBM/SH e são vendidos para estabelecimentos comerciais em geral bem como para montadoras, sob o regime de substituição tributária, quando devido.

Aduz que, depois de vendidas, as baterias que apresentam algum defeito e se encontram ainda no prazo de garantia retornam à fábrica para que seja efetuada uma análise dos produtos.

Explica que, quando é constatado algum defeito de fabricação na bateria, um novo produto é enviado ao revendedor em substituição àquele que apresentou defeito, sendo emitida nota fiscal com destaque do ICMS relativo à operação própria, mas sem destaque do ICMS/ST.

Com dúvida sobre a aplicação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

1 - Tendo em vista que já ocorreu a retenção do ICMS devido por substituição tributária na operação anterior, está correto o procedimento do revendedor ao emitir a nota fiscal sem destaque do imposto, quando da devolução da bateria em garantia?

2 - Quais os procedimentos a serem adotados quanto à substituição tributária, tendo em vista que a Consulente está inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais, na condição de substituto tributário?

RESPOSTA:

1 - Não. O revendedor mineiro deverá emitir a nota fiscal relativa à devolução da bateria em garantia com o destaque do ICMS.

2 - O cliente da Consulente deverá emitir nota fiscal, sem destaque do imposto, pela entrada da bateria

defeituosa em seu estabelecimento, informando já ter ocorrido a substituição tributária em relação à mesma, consignando no documento, além dos demais requisitos regulamentares exigidos, os que se seguem:

- a) discriminação da bateria defeituosa;
- b) o número e a data do certificado de garantia;
- c) o valor correspondente ao preço de aquisição atual da bateria nova;
- d) como natureza da operação: "recebimento de mercadoria em garantia";
- e) o CFOP 2.949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada.

Na devolução da bateria defeituosa em garantia, o revendedor mineiro deverá emitir nota fiscal com destaque do ICMS à alíquota interestadual e terá direito à restituição do ICMS/ST retido em favor deste Estado, bem como ao creditamento do imposto relativo à operação própria do remetente paulista, nos termos do inciso I do art. 23 da Parte 1 do Anexo XV e § 10 do art. 66, todos do RICMS/02.

A restituição do ICMS/ST retido pelo estabelecimento industrial paulista por ocasião da saída da mercadoria objeto de devolução em garantia cabe ao contribuinte substituído, que suportou a respectiva retenção, e será realizada mediante um dos procedimentos previstos no art. 24 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, podendo, inclusive, ser efetivado por meio de ressarcimento junto ao próprio industrial paulista, observado, nesse caso, o art. 27 da mesma Parte 1.

Para acobertar essa devolução, o contribuinte mineiro deverá emitir nota fiscal consignando, além dos demais requisitos regulamentares exigidos:

- a) como destinatário, a Consulente;
- b) como base de cálculo, a mesma indicada na nota fiscal emitida pelo fabricante;
- c) o destaque do imposto à alíquota vigente para as operações interestaduais;
- d) o número, a data e a série da nota fiscal que acobertou a entrada da bateria defeituosa no estabelecimento do cliente da Consulente;
- e) o número e a data do certificado de garantia;
- f) como natureza da operação: "substituição de mercadoria em garantia";

g) CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Quanto aos procedimentos relativos à apropriação do crédito em virtude da devolução em garantia, a Consulente deverá observar a legislação do seu Estado.

A saída da bateria retificada ou de bateria nova com destino ao revendedor em virtude de substituição em garantia ocorrerá com incidência do ICMS, devendo a Consulente efetuar nova retenção do imposto a título de substituição tributária em favor de Minas Gerais, uma vez que se trata de operação interestadual realizada por industrial situado em unidade da Federação com a qual este Estado celebrou protocolo para a instituição do referido regime nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 12 da Parte 1 do mesmo Anexo.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 04 de Novembro de 2010.

Portanto, em relação à devolução de bateria em garantia, o revendedor deste estado, no caso dos autos, a Coobrigada Comercial Amajax Ltda, deve adotar os seguintes procedimentos, pormenorizados na consulta supra:

- emitir nota fiscal relativa à entrada da bateria defeituosa em seu estabelecimento, sem destaque do imposto, informando já ter ocorrido o recolhimento por substituição tributária, além dos demais requisitos regulamentares exigidos;
- na devolução da bateria defeituosa em garantia, o revendedor deste estado deverá emitir nota fiscal com destaque do ICMS à alíquota interestadual, com observância dos requisitos regulamentares.

É importante destacar que a saída da bateria retificada ou de bateria nova do estabelecimento paulista, com destino à Contribuinte mineira, em virtude de substituição em garantia, ocorrerá com incidência do ICMS, devendo a remetente efetuar nova retenção e recolhimento do ICMS/ST, uma vez que este estado celebrou protocolo para a instituição do referido regime nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 12 da Parte 1 do mesmo Anexo, já citado.

A Impugnante, Coobrigada, alega que estaria ocorrendo, no caso, o *bis in idem*. Todavia, não se trata, o caso, de cobrança de tributo sobre o mesmo fato gerador.

Observe-se que a peça nova, que substituiu a danificada e que se encontrava no estoque da Contribuinte mineira atinge o ponto final da cadeia de circulação, ao ser incorporada ao veículo do cliente.

Por sua vez, a nova bateria recebida pela Contribuinte mineira inicia nova fase de circulação, a partir da saída do estabelecimento remetente paulista, com posterior ingresso no estoque da Contribuinte mineira, para fins de revenda ou para substituição de uma outra defeituosa, de outro cliente, que será o efetivo consumidor

final, ou seja, nesses casos, a Coobrigada jamais será consumidora final, pois não direciona a peça para seu uso e consumo próprio, e sim, a uma nova circulação, com destino à revenda ou para nova substituição de peça defeituosa, para um terceiro, o cliente, este sim, o consumidor final.

Há que se observar que na devolução da bateria defeituosa em garantia, a Contribuinte mineira, ora Coobrigada, terá direito à restituição do ICMS/ST retido em favor deste estado, bem como terá direito ao creditamento do imposto relativo à operação própria da Contribuinte remetente paulista, nos termos do disposto no inciso I do art. 23 da Parte 1 do Anexo XV e § 10 do art. 66 do RICMS/02.

Dessa forma, corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c incisos I e II do § 2º de tal artigo, todos 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;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

(...).

Esclareça-se que a multa isolada decorrente do descumprimento de obrigação acessória foi exigida no Auto de Infração nº 01.000581439-61, de responsabilidade da Autuada e, portanto, não é objeto de discussão nos presentes autos.

A Impugnante, Comercial Amajax Ltda, que foi inserida no polo passivo da obrigação tributária na condição de Coobrigada, alega ainda, a ilegitimidade passiva, entendendo ser somente da responsabilidade da remetente das mercadorias as obrigações decorrentes da imputação fiscal.

Entretanto, a condição de Coobrigada da Impugnante no presente feito é decorrente do disposto no art. 22, § 18 da Lei nº 6.763/75 e no art. 15, parágrafo único do Anexo XV do RICMS/02. Confira-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 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.

RICMS/02

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Observa-se que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

Quanto à eleição do sócio-gerente para o polo passivo da obrigação tributária, é importante ressaltar que referido sócio figura com poderes de administração/gerência no período autuado, conforme informação de fls. 29, extraída do SIARE.

A Autuada encontra-se na situação cadastral “Suspenso”, conforme informação do SIARE (fls. 28), sendo que na consulta pública realizada ao cadastro do estado de São Paulo, constata-se a situação cadastral vigente (na data da consulta, 30/09/16) “não habilitado” (fls. 50).

Também, a não localização da empresa no endereço que consta nos cadastros públicos é considerada como presunção de encerramento irregular, suficiente para ensejar a responsabilização dos sócios.

Esse entendimento foi consolidado na súmula 435 do STJ, que assim dispõe: “*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.

Portanto, a eleição do sócio-gerente para o polo passivo da obrigação tributária deu-se corretamente, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Verifica-se, portanto, que o sócio da Autuada, Sr. Nasser Ibrahim Farache, foi corretamente inserido no polo passivo da obrigação como responsável solidário pelo crédito tributário.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, 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), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08), *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;

(...).

As demais alegações da Defesa são insuficientes para elidir a acusação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 12 de abril de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora

CC/MG