

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.392/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001209208-57
Impugnação: 40.010147969-11
Impugnante: Steel Wire Distribuidora de Arames e Cordoalhas Ltda
CNPJ: 71.892020/0001-62
Proc. S. Passivo: Jordã Rodrigues Costa Passos/Outro(s)
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE INDICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada (substituta tributária) deixou de consignar em documento fiscal, referente à remessa de mercadorias a destinatário mineiro, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, c/c o disposto no § 2º, inciso I, do mesmo artigo. Auto de Infração complementar ao PTA nº 01.001209206-95, no qual foram exigidos o ICMS/ST e a correspondente multa de revalidação.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de multa isolada pela falta de indicação da base de cálculo da Substituição Tributária nas notas fiscais relacionadas no lançamento da obrigação principal - PTA nº 01.001209206-95 (julgado nesta mesma data - Acórdão 23.391/19/1ª), tipificada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, limitada ao patamar fixado pelo § 2º, inciso I, do mesmo artigo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 27/31, argumentando que as operações de remessas interestaduais se deram sem a retenção da substituição tributária pelo fato das mercadorias serem destinadas ao processo produtivo da empresa destinatária, situação que comporta as exceções do art. 18, incisos I e IV do RICMS/02. Destaca que a destinação dada à mercadoria foi atestada pelo próprio adquirente e pode ser corroborada pela atividade principal constante do cartão do CNPJ.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 67/93 e requer a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre inobservância de obrigação acessória, consistente em falta de indicação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas notas fiscais relacionadas na mídia eletrônica de fls. 21.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se que este processo tramita em apenso ao Auto de Infração nº 01.001209206-95, no qual se encontram constituídas as cobranças do ICMS/ST e da multa de revalidação. **Referido PTA foi julgado nesta mesma sessão, tendo sua procedência ratificada por meio do Acórdão nº 23.391/19/1ª.**

Conforme esclarecido no processo principal, a legislação dispõe que cabe ao remetente das mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, quando destinadas a “*estabelecimento de contribuinte deste Estado*”, a responsabilidade, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

Tal responsabilidade aplica-se quer se trate de:

- “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” (conforme art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02);

- “remetente não industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária” (conforme art. 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02);

- “na hipótese de operação de importação ou de aquisição em licitação promovida pelo poder público de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária” (conforme art. 16 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02).

Depreende-se, pois que, em se tratando de produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária, a regra geral consiste na atribuição de responsabilidade ao remetente que os destinar a “*estabelecimento de contribuinte deste Estado*”.

Isso posto, cumpre considerar, na sequência, as exceções a essa regra geral, vale dizer, as situações nas quais, não obstante haja a remessa de produtos arrolados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para contribuinte deste estado, os respectivos remetentes não figuram como responsáveis por substituição tributária.

As referidas exceções estão arroladas precisamente no *caput* do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV, a seguir transcrito:

Art. 18. A substituição tributária de que trata esta Seção não se aplica:

I - às operações, inclusive de importação e de aquisição em licitação promovida pelo poder público, que destinem mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante da mesma mercadoria, assim entendida a classificada no mesmo item do mesmo capítulo da Parte 2 deste Anexo, hipótese em que a retenção do imposto devido por substituição tributária será realizada no momento da saída da mercadoria;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - às operações promovidas por estabelecimento industrial em retorno ao estabelecimento encomendante da industrialização, hipótese em que a este é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto a título de substituição tributária;

III - às transferências promovidas entre estabelecimentos do industrial fabricante, exceto quando destinadas a estabelecimento varejista, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte;

IV - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize a mesma mercadoria;

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"IV - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;"

V - às operações que destinem mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas nos capítulos 8, 10 a 12, 18 e 19, no capítulo 3, com âmbito de aplicação 3.2, no capítulo 14, com âmbito de aplicação 14.1, no capítulo 15, com âmbito de aplicação 15.1, no capítulo 16, com âmbito de aplicação 16.2, no capítulo 17, com âmbito de aplicação 17.1 e 17.3, no capítulo 20 com âmbito de aplicação 20.1, no capítulo 21, com âmbito de aplicação 21.1 e 21.3, e no capítulo 27, com âmbito de aplicação 27.1, todos da Parte 2 deste Anexo, a contribuinte detentor de regime especial de tributação de atribuição de responsabilidade, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes, concedido pelo Superintendente de Tributação.

Como se depreende da leitura desse dispositivo, além da situação discutida no processo principal, de que trata o inciso IV acima, o legislador prevê ainda quatro outras hipóteses em que a substituição tributária se reputa inaplicável.

Na hipótese descrita no inciso IV do art. 18, Parte 1 do Anexo XV, tem-se que a previsão de inaplicabilidade da substituição tributária refere-se à situação em que sequer haveria operação subsequente com a mercadoria em questão, haja vista a sua submissão a "*processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem*", por parte do estabelecimento industrial destinatário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa perspectiva, há que se considerar que o dispositivo em tela refere-se aos estabelecimentos que desenvolvam exclusivamente atividade industrial, e não aos casos em que o contribuinte desenvolve predominantemente atividade meramente comercial.

Por meio da análise dos documentos juntados no processo principal (reproduzidos neste processo na mídia eletrônica de fls. 21 e relatório de fls. 05/13) foi possível constatar que durante o período atuado as vendas de mercadorias sem industrialização compunham cerca de 98,9% (noventa e oito vírgula nove por cento) das vendas totais do destinatário. Tais provas demonstram que esse, na verdade, tem como atividade preponderante o comércio de mercadorias.

Não se deve considerar que a referida regra de exceção, na qual se menciona expressamente “operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial” (grifou-se), seja interpretada ampliativamente de modo a alcançar também estabelecimentos nos quais se desenvolva atividade tipicamente comercial, ainda que a par da atividade industrial.

Vale ressaltar que, para fins da legislação do ICMS, quando estabelecimentos que desenvolvem atividade comercial com produtos sujeitos à substituição tributária são colocados na condição de sujeito passivo por substituição, tal responsabilidade decorre da entrada da mercadoria no estabelecimento, consoante visto na análise das disposições contidas no próprio art. 18 do Anexo XV.

Cabe lembrar que o comando contido no art. 18, § 2º, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, referido pelo Autuado como justificativa para o seu entendimento, alude especificamente, tal como o próprio texto do inciso IV, a “estabelecimento *industrial*”, expressão essa que não se confunde com a situação na qual a atividade tipicamente comercial também é desenvolvida pelo contribuinte.

Em outras palavras, quando a legislação tributária deste estado, e mais especificamente o Anexo XV do RICMS/02, não busca distinguir a natureza da atividade desenvolvida, vale-se de expressões genéricas tais como “estabelecimento destinatário” ou “estabelecimento do adquirente” ou “mesmo estabelecimento de contribuinte deste Estado”.

Por outro lado, nos casos em que tal distinção é relevante, utiliza expressões mais específicas, como “estabelecimento industrial” ou “estabelecimento industrial fabricante”, ou ainda “estabelecimento varejista”, “estabelecimento comercial” e “estabelecimento importador”.

Não se justificaria, portanto, que, neste caso específico, diferentemente da técnica adotada no restante do Regulamento do ICMS, ao valer-se da expressão “estabelecimento industrial”, o legislador esteja se referindo a empresas que meramente contam com a atividade industrial indicada como atividade econômica principal, quando, de fato, exerce quase exclusivamente atividade comercial.

Ademais, vale lembrar ainda que, de acordo com o disposto no § 8º do art. 66 do RICMS/02, o “*contribuinte que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária ou que tenha recolhido o imposto sob o referido título em virtude da entrada da mercadoria em território mineiro ou no momento da entrada da*

mercadoria em seu estabelecimento e não destiná-la à comercialização, poderá apropriar-se, sob a forma de crédito, do valor do imposto que incidiu nas operações com a mercadoria”.

A razão de ser desse dispositivo não é outra, senão, resolver situações tais como a referida no inciso IV do art. 18 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, situações nas quais o estabelecimento comercial eventualmente não destinar o produto já gravado pela substituição tributária à comercialização. Nesse caso, a não cumulatividade resolve-se mediante o aproveitamento do respectivo imposto como crédito.

A mesma linha de raciocínio se aplica à pretensão da Impugnante em subsidiar suas ações no disposto no inciso I do citado art. 18 do Anexo XV. Denota-se do dispositivo, conforme alhures descrito, que o destinatário seria industrial do mesmo produto que estaria adquirindo, de sorte a ser este o responsável tributário da incidência do ICMS/ST por mercadorias de mesma classificação na NCM, o que está largamente comprovado nos autos, não ser o caso analisado.

Também não lhe socorre os ditames dos subitens 1 ou 4 da alínea “b” do item V da Orientação DOLT/SUTRI nº 001/2017, uma vez seguirem as mesmas linhas do acima traçado, como segue:

V - Das operações subsequentes

(...)

b. Hipóteses de Inaplicabilidade da substituição tributária

Não se aplica o regime de substituição tributária nas seguintes situações (art. 18 do Anexo XV do RICMS/02):

1. Operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial fabricante da mesma mercadoria, assim entendida como sendo aquela classificada no mesmo subitem da Parte 2 do Anexo XV. Nesse caso, a retenção do imposto devido por substituição tributária será realizada no momento da saída da mercadoria;

(...)

4. Operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem. Caso a mercadoria não seja empregada no processo de industrialização, caberá ao industrial que a recebeu a responsabilidade pela retenção do imposto devido a título de substituição tributária no momento da saída da respectiva mercadoria.

Nesse sentido, pelas razões aduzidas, entende-se que as regras contidas nos incisos I ou IV do art. 18, Parte 1 do Anexo XV do Regulamento do ICMS não se aplicam na hipótese em que o estabelecimento destinatário desenvolva atividade tipicamente comercial, ainda que em paralelo à atividade industrial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por conseguinte, as manifestações da Superintendência de Tributação – SUTRI/SEF/MG, em consultas envolvendo a matéria, alardeiam a incompatibilidade da regra quando o destinatário pratica atividade diferente da industrial no mesmo estabelecimento. A título exemplificativo, cita-se excertos das consultas de contribuintes nºs 203/11, 070/12 e 018/16, como segue:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 203/11

(...)

Embora receba mercadorias para serem empregadas em processo de industrialização como matéria-prima, a Consulente também exerce, no mesmo estabelecimento, a atividade de comércio varejista, o que a descaracteriza como estabelecimento industrial para os efeitos de aplicação do inciso IV do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

(...)

Assim, no caso de aquisição, em operação interestadual, de mercadoria sujeita à substituição tributária, caberá à Consulente a responsabilidade pela apuração e pelo recolhimento do ICMS/ST devido a este Estado, no momento da entrada do produto em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 070/12

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ESTABELECIMENTO DEDICADO À ATIVIDADE INDUSTRIAL E COMERCIAL – APLICABILIDADE – Aplica-se o regime da substituição tributária nas operações com mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuinte, situado neste Estado, que exerce, no mesmo estabelecimento, atividades de industrialização e comercialização. Caso a mercadoria adquirida venha a ser utilizada em processo industrial, poderá o adquirente apropriar-se, sob a forma de crédito, do valor do imposto que incidiu nas operações com o produto, nos termos do inciso V e do § 8º, ambos do art. 66 do mesmo Regulamento.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 018/16

(...)

Nos termos do inciso IV do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, regra geral, a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização.

A condição de estabelecimento industrial é caracterizada quando o contribuinte pratica operações

definidas como industrialização, no próprio estabelecimento, enquanto atividade econômica principal. Nesse sentido, vide Consultas de Contribuintes nº 152/2015, 062/2015, 064/2014 e 261/2012.

Não obstante, para a aplicação do inciso IV do art. 18 citado, faz-se necessário que a operação seja destinada a industrial, assim entendido o contribuinte que exerça atividades descritas como industrialização nos termos do inciso II do art. 222 do RICMS/02, e desde que o estabelecimento em questão não desempenhe, em paralelo com a produção industrial, atividade tipicamente comercial com os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Assim, caso a Consulente passe a exercer, exclusivamente, em seu estabelecimento, a atividade industrial, as suas aquisições de mercadorias não estarão sujeitas à aplicação da substituição tributária, em consonância com o disposto no inciso IV do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, hipótese em que os produtos resultantes deverão ser submetidos à tributação por ocasião de suas saídas, nos termos da legislação tributária.

Desse modo, diante de todas as evidências apresentadas pelo trabalho fiscal, e diante da ausência de provas que atestem que de fato as mercadorias adquiridas foram utilizadas como matérias-primas para industrialização, não foram refutadas as conclusões obtidas com base em referido trabalho, tornando-se insubsistente, inclusive, a alegação da Impugnante de que a autuação se basearia em presunção.

O Acórdão nº 23.391/19/1ª também afastou o argumento da Impugnante de que seria ilegítima sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária principal, sendo a responsabilidade pelo recolhimento do tributo integralmente atribuída ao destinatário, contribuinte situado no estado de Minas Gerais, também este, não se sustenta como se verá adiante.

Argui a Impugnante, que nos termos do disposto no § 2º, inciso II do já distinguido art. 18, se o industrial destinatário da mercadoria não a empregar no processo de industrialização, lhe caberá a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST.

Art. 18 (...)

§ 2º Na hipótese do inciso IV do caput, não se considera industrialização a modificação efetuada na mercadoria pelo estabelecimento comercial para atender à especificação individual do consumidor final.

(...)

II -

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 23/05/2017 a 31/12/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 47.188, de 22/05/2017:

"II - somente alcança as operações destinadas a estabelecimento industrial que não comercialize a mesma mercadoria que adquire para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem."

Efeitos de 1º/12/2005 a 22/05/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"II - se a mercadoria não for empregada no processo de industrialização, caberá ao industrial que a recebeu a responsabilidade pela retenção do imposto devido a título de substituição tributária, no momento da saída da mercadoria."

Entretanto, como oportunamente exposto nos autos da obrigação principal, não há congruência entre o caso apurado e a norma posta, haja vista que o destinatário não utiliza as mercadorias adquiridas somente no seu processo industrial, muito pelo contrário, pratica atividade comercial com os produtos na ampla maioria das aquisições.

Ressalta-se que a responsabilidade da Impugnante pelo pagamento do imposto por substituição tributária ao estado de Minas Gerais tem por fundamento legal o Protocolo ICMS nº 32/09, firmado com o estado de São Paulo, que possui a seguinte redação:

PROTOCOLO ICMS 32, DE 5 DE JUNHO DE 2009

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Belo Horizonte, no dia 5 de junho de 2009, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

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 ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado de São Paulo, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

(Grifou-se)

Em consonância com o protocolo, na legislação do ICMS tem-se o disposto no art. 12, § 1º, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

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

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou grupo de mercadorias, são as identificadas nos seguintes capítulos da Parte 2 deste Anexo:

(...)

X - Capítulo 10: Materiais de Construção e Congêneres;

(...) (Grifou-se).

Portanto, correta a eleição da Impugnante para compor o polo passivo do Auto de Infração da obrigação principal.

Diante desse cenário, caracterizada a responsabilidade da Impugnante pelo não destaque e não recolhimento do imposto a título de substituição tributária, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, sobre o valor total da base de cálculo do ICMS/ST não destacada nas notas fiscais autuadas.

Eis a previsão do citado artigo:

Art. 55 (...)

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

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Acrescido pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"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;"

A conduta da empresa autuada, na condição de contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 32/09, foi exatamente deixar de consignar o valor da base de cálculo do ICMS/ST nos documentos fiscais emitidos que acobertaram as operações objeto do lançamento.

Restou, portanto, demonstrado que a Autuada não cumpriu a obrigação acessória a que estava obrigada.

Conforme se verifica, o núcleo do tipo do ilícito tributário adotado pelo texto legal, inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 é "por deixar de consignar", donde se conclui que a tipificação tributária se amolda à conduta praticada pela Autuada.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 29 de agosto de 2019.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

D