

Acórdão: 14.005/00/2ª
Impugnação: 40.10101527-17
Impugnante: Marcos de Camargo Farias & Cia Ltda
Advogado: Evandro Alves da Silva Grili/Outros
PTA/AI: 01.000136240-81
Inscrição Estadual: 112.796598.00-67 (ST Externa/São Paulo)
Origem: DIF/SRE
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária – Falta de Retenção e Recolhimento do ICMS – Agentes de Limpeza – Acusação de falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST pelas subsequentes saídas de produtos químicos e agentes de limpeza em operações destinadas a contribuintes localizados em Minas Gerais. A Impugnante reconhece a infringência e alega que somente destacou o ICMS/ST nas notas fiscais para cumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Mantidas as exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação que a Autuada, contribuinte substituto, teria deixado de reter e recolher o ICMS devido por Substituição Tributária – ST, embora destacado em documentos fiscais de sua emissão, referente às operações de industrialização e comercialização de agentes de limpeza, destinadas a contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais, no período de 01/01/97 a 30/06/99.

Exige-se o crédito tributário constituído de ICMS/ST e MR em dobro (100%) no valor total original de R\$ 573.480,20.

A Autuada, Inconformada com as exigências fiscais, impugna tempestivamente o Auto de Infração, em fls. 104 a 115, por intermédio de procurador regularmente constituído, alegando que o Fisco não juntou aos autos provas da materialidade de eventual delito praticado, pois no próprio relatório consta que a fiscalização teria anexado notas fiscais de saída por amostragem, o que tornaria impossível a aferição da certeza e liquidez do feito.

Salienta que a substituição tributária, conforme art. 150, § 7º, da CF/88, pressupõe a ocorrência de fato gerador presumido. Desta forma, só se poderia presumir fato gerador futuro se o estabelecimento adquirisse mercadorias para revenda dentro do território mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que, antes da lavratura do Auto de Infração, o Fisco Mineiro teve acesso as Notas Fiscais de Entrada relativas às devoluções de mercadorias por contribuintes mineiros, no entanto não excluiu tais operações da apuração do lançamento tributário em tela.

Relata que, apesar de ter destacado o imposto a título de substituição tributária nas notas fiscais, não reteve tais valores de seus clientes, tendo destacado seu valor nas Notas Fiscais apenas para cumprimento da obrigação acessória pertinente. Ao final, requer a procedência da Impugnação.

O Fisco, em Manifestação Fiscal às fls. 127 a 137, refuta as alegações da Impugnante, afirmando que, nos termos do art. 155, inciso II, da CF/88, é hipótese de incidência do ICMS a entrada de mercadorias, em estabelecimento de contribuintes, destinadas a uso e consumo, quando oriundas de outra unidade da Federação. Por este argumento, julga que existe fato gerador presumido nestas operações, qual seja, a cobrança de diferencial de alíquotas.

Alega que o RICMS/96, em seu art. 192, prenuncia a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS como atribuição do estabelecimento situado em outra unidade da Federação, em relação ao imposto devido pelo diferencial de alíquotas.

Afirma que no lançamento em análise foram observadas as Notas Fiscais de Entrada, para exclusão das operações que resultaram em devoluções.

Informa que o imposto recolhido a título de substituição tributária é definitivo, ou seja, embora o fato gerador seja presumido nestas operações, não se tem direito à restituição de valor de imposto cobrado a maior, bem como não se faz necessária a complementação de imposto pago a menor.

Cita o art. 128, do CTN, como fundamento para a solidariedade supletiva e o aspecto de não se admitir o benefício de ordem em Direito Tributário.

Por fim, ressalta que houve confissão da Impugnante, em sua peça de defesa, quando relata que destacou o imposto a título de substituição tributária e não efetuou a retenção desses valores. Ao final, pede pela confirmação do Auto de Infração.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado às fls. 144/151, opina pela procedência do lançamento e a conseqüente manutenção das exigências fiscais.

DECISÃO

Preliminarmente, ressalte-se que não se vislumbram no presente Auto de Infração quaisquer infringências aos ditames do art. 142 do CTN, tendo sido o Auto de Infração lavrado nos estritos termos do art. 58 da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também não se vislumbra incongruência entre os dispositivos legais citados e as exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração sob análise, não encontrando-se elementos que levem a nulidade do lançamento tributário.

Quanto ao mérito, verifica-se que a exigência fiscal decorre da constatação que a Impugnante, situada em outro Estado da Federação, não efetuou a retenção e o recolhimento do ICMS/ST devido a Minas Gerais por operações de vendas de agentes de limpeza a diversos contribuintes localizados neste Estado.

Importante salientar que as notas fiscais autuadas e o cálculo do imposto devido encontram-se discriminados nos quadros de fls. 14 a 100 nos autos, sendo todos os documentos emitidos pelo estabelecimento da Impugnante no período de 02/04/97 a 30/06/99.

Uma vez tratem-se de documentos fiscais que devem ser guardados pelo contribuinte durante o tempo exigido em legislação tributária e comercial, dispensa-se sua anexação aos autos.

O contribuinte defende, em sua peça recursal, que não se pode cobrar imposto por substituição tributária relativamente às operações que destinem bens de uso e consumo a estabelecimentos mineiros.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, inciso XII, alínea “b”, determina que caberá a Lei Complementar dispor sobre substituição tributária.

Ocorre que o § 1º, do art. 6º, da Lei Complementar nº 87/96, autoriza a atribuição a terceiros, por lei, da responsabilidade pelo recolhimento do imposto decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto. Conforme o *caput* deste mesmo artigo, nestes casos, o contribuinte responsável pelo recolhimento assume a condição de substituto tributário.

Destarte, o inciso III, do art. 22, da Lei n.º 6763/75, estabelece que ocorre a substituição tributária quando o recolhimento do imposto devido pelo adquirente ou destinatário da mercadoria pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente, ficar sob a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria.

O § 3º, deste mesmo art. 22, da Lei n.º 6763/75, prescreve que caso o responsável esteja situado em outra unidade da Federação, a substituição tributária dependerá de acordo entre os Estados envolvidos.

Em atendimento a esta disposição legal, os incisos I e II, do § 1º, da cláusula primeira, do Convênio ICMS 105/92, celebrado entre os Estados e o DF, autorizam os Estados, quando destinatários, a atribuir aos contribuintes remetentes ou alienantes situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substitutos tributários, relativamente ao diferencial de alíquota, de produto sujeito a tributação, quando destinado ao consumo e o adquirente for contribuinte do imposto.

Insta observar que tal entendimento incorporou-se ao Decreto n.º 38.104/96, RICMS/96, em relação a combustíveis, lubrificantes e agentes de limpeza, através do art. 193, do Anexo IX, posteriormente modificado pelo art. 13, do Decreto n.º 39.184, de 23/10/97 que incluiu estas determinações no item 1, do § 1º, do art. 192, do mesmo Anexo IX, do RICMS/96.

Não restam dúvidas, desta forma, de que há previsão legal para a cobrança do imposto decorrente da diferença de alíquotas interna e interestadual, por substituição tributária, de contribuinte remetente localizado em outro Estado da Federação.

Portanto, para o período fiscalizado, correspondente ao Auto de Infração em tela, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, que seja contribuinte do imposto, localizado em Minas Gerais, pode ser exigida do contribuinte remetente, situado no outro Estado.

Igualmente legítima a atribuição de responsabilidade por ST nas operações destinadas a posterior comercialização pelos contribuintes mineiros, nos termos do inciso V e § 2º, ambos do art. 192, do Anexo IX, do RICMS/96.

Nos demonstrativos de fls. 14 a 100, observa-se que as exigências, dos impostos referentes aos diferenciais de alíquotas, podem ser facilmente distinguidas das demais pela ocorrência de valores idênticos nas colunas do **Valor Total da Nota Fiscal** e da **Base de Cálculo da ST**. Isto se deve ao fato de não haverem percentuais de agregação, para o cálculo da BC da ST, uma vez que não existirão operações posteriores já que a mercadoria se destina ao uso e consumo do adquirente.

Importante também observar que não assiste razão a afirmativa do Impugnante de que as operações de devoluções de mercadorias não foram observadas na apuração do *quantum debeatur* do lançamento.

Observa-se, nos autos, que a autoridade fiscal requisitou, através do TIAF n.º 131.232, de fls. 02, as Notas Fiscais de Entrada relativas às devoluções de mercadorias por contribuinte mineiro, para auditoria destes documentos. Sendo a iniciativa do próprio Fisco, não há porquê acreditar que os valores constantes nestes documentos fiscais não seriam considerados, para efeito de exclusão, no lançamento tributário.

É máxima processual perfeitamente aceita que cabe ao postulante o ônus probatório. Como a Impugnante fez esta alegação de forma genérica, sem detalhar quais valores estariam sendo levados à tributação erroneamente pelo Fisco, por conta destas devoluções, tal asserção se afigura como inconsistente.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada também defende que caberia ao Fisco a demonstração de que os contribuintes adquirentes teriam deixado de recolher o imposto exigido para se dar validade ao feito fiscal.

Entretanto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto atribuída ao estabelecimento que receber mercadoria sem sua retenção, de acordo com o § 1º, do art. 29, do RICMS/96, é supletiva, não retirando do sujeito passivo responsável sua obrigação, mas imputando ao destinatário da operação a solidariedade supletiva. Este entendimento também encontra guarida no art. 128, do CTN.

Ressalte-se que, como não comporta em Direito Tributário a aplicação de benefício de ordem, faculta-se ao Fisco a escolha de quem será autuado para se exigir o imposto devido se o responsável pela obrigação tributária ou o contribuinte de fato.

Logo, não há que se questionar a validade do posicionamento de responsável pelo recolhimento do ICMS/ST no polo passivo do presente Auto de Infração.

Finalizando, é importante observar que nos parágrafos 35 e 37, em fls. 113 e 114 dos autos, há a declaração da Impugnante de que apesar de ter destacado o imposto a título de substituição tributária nas notas fiscais, não reteve tais valores. Por conseguinte, trata-se de confissão, ou seja, o próprio Impugnante admite ter praticado os delitos tributários questionados pelo Fisco no presente Auto de Infração.

Assim sendo, restam devidamente caracterizadas as infringências a legislação tributária, sendo legítimas as exigências fiscais constantes do Auto de Infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Luciano Alves de Almeida.

Sala das Sessões, 05/12/2000.

Cleusa dos Reis Costa
Presidente

Cleomar Zacarias Santana
Relator

JP/