

Acórdão: 17.905/06/3ª. Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118620-50
Impugnante: Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A
Proc. Sujeito Passivo: Paulo Roberto Gomes/Outro (s)
PTA/AI: 04.002042139-86
Inscr. Estadual: 702.513460.00-75
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDAS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. A remetente das mercadorias recolheu o ICMS/ST a menor, em razão de dedução indevida de parcela do ICMS da operação própria em contrariedade à Resolução 3.166/01. Eleição correta da destinatária como responsável tributária solidária em face do descumprimento do dever legal pela remetente das mercadorias, com fundamento no §18º do artigo 22 da Lei 6763/75 c/c o artigo 15, do Anexo XV do RICMS/02. No caso concreto não há que se falar em aplicação do Regime Especial da Autuada, substituta tributária pelas saídas. Corretas as exigências fiscais de ICMS/ST e MR em dobro. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte das mercadorias constantes nas notas fiscais de números 000924 e 000925, ambas, de 25/05/2006, emitidas por Energia On Line Ltda, de Brasília/DF, com retenção a menor do ICMS/ST no valor de R\$10.609,31, em razão de dedução indevida de crédito na apuração do imposto devido a título de ICMS por substituição tributária. Exigências de ICMS/ST e MR em dobro.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 13/35, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 77/84.

DECISÃO

A remetente das mercadorias – Energia On Line Ltda – contribuinte substituto, conforme art. 13 do Anexo XV do RICMS/02, calculou, destacou na nota fiscal e recolheu o ICMS/ST, conforme GNREs à fl. 08, deduzindo parcela do ICMS da operação própria em valor maior que o devido por não considerar as prescrições da Resolução 3.166/01, o que acarretou o pagamento a menor do ICMS/ST devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em razão disto, as mercadorias sujeitas à substituição tributária, Protocolo nº 11/91 e alterações, constantes da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, chegaram ao posto fiscal com o prazo para o pagamento do ICMS devido por substituição tributária esgotado – para a remetente e para a Autuada –, conforme dicção do art. 46, inciso I, alínea “a” e inciso II, Anexo XV c/c o art. 89, inciso III, ambos, do RICMS/02, que dispõem:

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

I - o momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente:

a) - nas hipóteses dos arts. 12, 13 e 73, 74 e 83 desta Parte, em se tratando de sujeito passivo por substituição situado em outra unidade da Federação e não-inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS deste Estado; (gn)

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

Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença; (gn)

Por outro lado, prescreve o § 18 do artigo 22 da Lei 6763/75, que:

(234) § 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.

234) Efeitos a partir de 30/12/2005 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956/2005.

Regulamentando o dispositivo supracitado o art. 15 do Anexo XV do RICMS, como segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Assim, o destinatário da mercadoria, por força de disposições da Lei 6763/75 e do RICMS/02, é responsável solidário pelo recolhimento do ICMS/ST devido pela remetente das mercadorias, a partir do momento do descumprimento do dever legal, que, no caso concreto ora analisado, foi o pagamento a menor do ICMS/ST.

Desta forma, correta a eleição da Autuada no pólo passivo da obrigação tributária. Assim, sem razão a Impugnante quando alega que a obrigação tributária deveria ser imputada à remetente das mercadorias, entendendo ser a sua responsabilidade subsidiária.

Frise-se, no caso sob análise a solidariedade não é desde o início, mas a partir do descumprimento do dever legal pela remetente das mercadorias.

Por outro lado, não há que se falar em benefício de ordem, pois se trata de solidariedade entre os obrigados. Embora, a remetente devesse figurar, também, no pólo passivo, a sua ausência não invalida o lançamento tributário, apenas enfraquece a garantia do crédito tributário, em prejuízo do Erário mineiro.

A Autuada argumenta ainda que não houve prejuízo à Fazenda Pública Estadual, uma vez que celebrou Regime Especial no qual fará a substituição tributária pela saída e que todo o valor do ICMS lhe será restituído.

Realmente a Autuada celebrou Regime Especial com o Estado de Minas Gerais, na hipótese do remetente ser Industrial, e, ainda, que na hipótese de receber mercadorias com ICMS/ST terá direito ao creditamento do ICMS da operação própria do remetente e do ICMS/ST (que também poderá ser restituído pelas modalidades de ressarcimento e abatimento).

Primeiro, é importante esclarecer que o crédito tributário exigido é o relativo ao descumprimento do dever legal pela remetente das mercadorias que calculou e recolheu o ICMS/ST a menor. Vê-se, portanto, que as exigências fiscais não se referem às mercadorias entradas no estabelecimento da Autuada.

Segundo, o Regime Especial só se aplica a remetentes de mercadorias – industriais – que não é o caso dos autos. Como se vê na fl. 09, a remetente das mercadorias (Energia on Line Ltda) é uma empresa Atacadista de outros produtos alimentícios.

Terceiro, caso a remetente fosse industrial, ainda assim, as exigências fiscais seriam corretas, visto que a obrigação tributária surge para a Autuada por descumprimento de dever legal pela remetente das mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se, que a substituição tributária é disciplinada por Lei Complementar, por força do art. 155, XII, alínea “b” da Constituição Federal, função que coube à LC 87/96, que no seu art. 9º determina que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”.

Assim, foi editado o Convênio 81/93 que estabelece normas gerais de substituição tributária obrigatórias nas operações interestaduais, nos moldes da LC 24/75. Em razão disto, não se vê a possibilidade de ser afastada, via Regime Especial, a aplicação de Convênios ou Protocolos em matéria de substituição tributária, como no caso sob análise.

Quarto, a recuperação do ICMS permitida no Regime Especial deve amoldar-se ao modelo atual de restituição – regra geral -, previsto nos arts. 22 a 31 do Anexo XV, RICMS/02, que prevê a restituição do ICMS/ST por três modalidades, quais sejam, creditamento, ressarcimento e abatimento.

Acrescente-se, que há previsão expressa na Lei 6763/75, art. 22, § 18, para a responsabilidade tributária da Autuada, em perfeita consonância com o artigo 121, § único, inciso II 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:

(...)

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (gn)

A Autuada argumenta, ainda, que não houve prejuízo ao Erário Público mineiro e que não provocou infração à legislação tributária.

Relativamente ao argumento acima citado, há a destacar-se que a responsabilidade por infração à legislação tributária é objetiva, isto é, independe da intenção do agente ou do responsável (art. 136, do CTN).

A Impugnante aduz que a mercadoria da nota fiscal 000925 não foi recebida por estar em desacordo com o pedido. Entretanto, o não recebimento da mercadoria tem procedimentos regulamentares que devem ser observados pela Autuada, não modificando a análise da presente Autuação Fiscal.

A Autuada trouxe decisões administrativas do CC/MG para abalizar a sua argumentação. Todavia, as decisões do CC/MG trazidas à colação não se amoldam ao caso sob análise e foram oriundas de outra legislação. O caso analisado é regente pela legislação em vigor a partir de 1º/12/2005, Anexo XV do RICMS/02 e alterações no artigo 22, § 18º da Lei 6763/75, efeitos a partir de 30/12/2005.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A multa de revalidação foi aplicada corretamente e decorre do vencimento da obrigação tributária, conforme art. 89, inciso III do RICMS/02, supracitado.

Relativamente à utilização de parcela do crédito de ICMS, indevidamente, nos termos da Resolução 3.166/01, a Autuada entende como correto o procedimento previsto na referida Resolução para as mercadorias que entram no seu estabelecimento, tornando incontroversa a discussão.

Em face do exposto, corretas as exigências de ICMS/ST e MR em dobro.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura (Relator) e Windson Luiz da Silva, que o julgavam improcedente. Designado relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Paulo Roberto Gomes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros acima mencionados.

Sala das Sessões, 13/11/06.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator

Acórdão:	17.905/06/3ª.	Rito: Sumário
Impugnação:	40.010118620-50	
Impugnante:	Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A	
Proc. Sujeito Passivo:	Paulo Roberto Gomes/Outro (s)	
PTA/AI:	04.002042139-86	
Inscr. Estadual:	702.513460.00-75	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pelo Conselheiro André Barros de Moura, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a constatação de transporte de mercadorias acobertadas por documentação fiscal consignando valor de ICMS-ST inferior ao corretamente devido. Exige-se ICMS referente à diferença apurada e Multa de Revalidação.

Como se verifica dos autos, a empresa Autuada é acordante no Regime Especial/Termo de Acordo nº 10.99.3765-4, contido no PTA nº 16.000013506-30.

O referido Termo de Acordo, em sua Cláusula Primeira, atribui à Autuada, a responsabilidade, na condição de substituta, nas remessas para contribuintes deste Estado de produtos sujeitos à substituição tributária, conforme previsto na legislação vigente, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes.

Logo, a empresa Autuada não é obrigada ao recolhimento antecipado do ICMS/ST.

Tanto que a Cláusula Décima do Termo de Acordo celebrado permite à Autuada recuperar o imposto na hipótese da mesma ter recebido mercadoria com retenção do imposto por substituição tributária.

Assim, não pode prevalecer o entendimento esposado pelo Fisco em sua manifestação de que no caso de mercadoria sujeita à substituição tributária por força de Convênio ou Protocolo cujo Estado remetente seja signatário, o Regime Especial, não elide a obrigação de retenção do ICMS/ST.

Pois, tal entendimento faz letra morta do Acordo celebrado, obrigando a Autuada a pagar imposto que posteriormente seria restituído e pior, arcando com uma penalidade por falta de pagamento de um tributo que caso seja pago lhe será

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

posteriormente restituído, em flagrante violação ao Princípio da Razoabilidade e ao Princípio da Estrita Legalidade, uma vez que afasta o próprio Termo de Acordo celebrado, norma complementar, e portanto, compreendida no âmbito da expressão “legislação tributária”, conforme artigo 96 do CTN.

Ressalte-se que as alterações ocorridas no RICMS, em especial no que se refere ao momento do recolhimento do imposto devido a título de ST, não tem o condão de alterar o entendimento esposado nas decisões anteriores deste Conselho, uma vez que no máximo poderiam implicar na responsabilização do emitente do documento fiscal, que não figurou como sujeito passivo no presente PTA, mas nunca do destinatário detentor de Regime Especial que o desobriga da responsabilidade de reter e recolher o ICMS/ST em suas entradas.

Assim, não restando caracterizada nos autos a infração apontada pelo Fisco, de falta de retenção e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST, cancelam-se as exigências fiscais.

Por estas razões, é o meu voto pela improcedência do lançamento.

Sala das Sessões, 13/11/06.

André Barros de Moura
Conselheiro

Abm/ml