

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.905/09/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000152940-20
Impugnação: 40.010120714-21
Impugnante: Comercial Bragança de Bebidas Ltda.
IE: 077780907.00-00
Proc. S. Passivo: Vinícios Leôncio/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDAS – DESTAQUE/RETENÇÃO A MENOR – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A Autuada consignou em notas fiscais de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes mineiros e sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, base de cálculo menor que a prevista na legislação. O ICMS/ST e a multa de revalidação correspondentes à multa isolada foram exigidos em outros Autos de Infração, já julgados e aprovados por este Conselho de Contribuintes. Correta a exigência da Multa Isolada aplicada com fundamento no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75, conforme retificação do Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência da Multa Isolada, capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei 6763/75, sobre a diferença da base de cálculo utilizada na retenção do ICMS devido por substituição tributária - ICMS/ST - e consignada em notas fiscais, no período de 01.11.2003 a 31.10.2005.

O ICMS-ST da diferença não retida (destacada) nas notas fiscais foi exigido através de diversos Autos de Infração, em virtude de terem Coobrigados diferentes. A relação dos diversos Autos de Infração encontra-se, por exemplo, à fl. 206 – procuração.

O Fisco constatou as infrações mediante auditoria, análise e conferências realizadas nos documentos, livros fiscais e nos arquivos magnéticos da Autuada – Comercial Bragança de Bebidas Ltda. – nas operações com bebidas destinadas a contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais.

A Autuada apresenta Impugnação às fls. 208/219, através de procurador regularmente constituído.

O Fisco retifica o Auto de Infração, através do termo de re-ratificação 2 de A.I. e demais documentos de fls. 247/344.

A Autuada, regularmente intimada, manifesta-se às fls. 347/354.

O Fisco intima a Autuada a fim de confirmar informações às fls. 357/362. A Autuada manifesta-se às fls. 364/369.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 377/391.

DECISÃO

Como dito no relatório acima, a autuação versa sobre a exigência de multa isolada sobre a diferença da base de cálculo utilizada na retenção do ICMS devido por substituição tributária – ICMS/ST, no período de 01.11.2003 a 31.10.2005.

Das Preliminares

A Autuada levanta em preliminar a nulidade do lançamento – ato administrativo – em razão de absoluta incompetência do fiscal mineiro para fiscalizar estabelecimento localizado no Estado de São Paulo.

Entretanto, sem razão a Impugnante. O lançamento tributário efetuado em estabelecimento paulista por agente do fisco mineiro é absolutamente legal. Senão veja-se.

Primeiro, o regime de substituição tributária nas operações interestaduais, por força do art. 9º da Lei Complementar 87/96, depende de ajustes específicos entre os Estados interessados (Convênio ou Protocolo).

Logo, como o Estado de São Paulo é signatário do Protocolo ICMS 11/91, que prevê substituição tributária para as operações objeto do presente Auto de Infração, o estabelecimento localizado no seu território é contribuinte mineiro em relação ao ICMS devido por substituição tributária nas operações que destinam mercadorias a contribuintes estabelecidos em Minas Gerais. A condição de contribuinte da remetente das mercadorias não depende de estar ou não inscrita no cadastro de contribuintes deste Estado.

Há a destacar-se que a inscrição estadual somente dá ao contribuinte o direito de recolher o ICMS/ST por período. Não tendo a inscrição estadual, o contribuinte substituto deverá fazer o recolhimento do ICMS/ST a cada operação.

Portanto, a condição de contribuinte por substituição tributária decorre das operações realizadas e não do fato do contribuinte que realiza as referidas operações estar ou não inscrito no cadastro de contribuintes de cada unidade da Federação destinatária das mercadorias.

Assim, a inscrição estadual é facultativa. Explicitando e uniformizando procedimentos sobre a matéria a cláusula sétima do Convênio ICMS 81/93 prescreve:

Cláusula sétima Poderá ser concedida ao sujeito passivo por substituição definido em Protocolo e Convênio específico inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda, Finanças ou Tributação da unidade da Federação destinatária das mercadorias, mediante remessa dos seguintes documentos: (g.n.)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, sendo a Autuada contribuinte mineira, por força do Protocolo ICMS 11/91, há o direito subjetivo do Estado de Minas Gerais exercer a fiscalização sobre ela.

O contrário, a impossibilidade de fiscalização pelo Fisco mineiro em outra unidade da Federação, resultaria num regime de substituição tributária nas operações interestaduais inócuo, vazio e imune à fiscalização, sobrepondo, dessa forma, o interesse particular ao público.

Por isto, a Autuada, embora sediada no Estado de São Paulo, nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais deve obedecer à legislação mineira, conforme prescreve a cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93, nos seguintes termos:

Cláusula oitava. O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Segundo, para espantar quaisquer dúvidas sobre a competência de um Estado fiscalizar contribuinte localizado em outro, o Convênio ICMS 81/93 – que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária – prevê na cláusula nona que:

Cláusula nona. A fiscalização do estabelecimento responsável pela retenção do imposto será exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades da Federação envolvidas nas operações, condicionando-se a do Fisco da unidade da Federação de destino a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda, Economia ou Finanças da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado.

Neste diapasão, o Fisco de uma unidade da Federação fiscalizava os contribuintes por substituição tributária estabelecidos em outros Estados e, posteriormente, comunicava o ato, da seguinte forma:

Redação original, efeitos de 07.04.95 a 05.10.97.

§ 1º As unidades da Federação, ao efetuarem a fiscalização dos sujeitos passivos por substituição estabelecidos em outros Estados, enviarão à unidade federada coordenadora, até o último dia do mês subsequente ao do término da fiscalização, listagem contendo as seguintes informações:

1. nome, endereço, CGC, inscrição estadual e produto fabricado e/ou comercializado pelo contribuinte substituto e,
2. período fiscalização e as infrações encontradas.

Por outro lado, buscando o aperfeiçoamento das ações fiscais, bem como do planejamento das referidas atividades, foi celebrado o Convênio ICMS 93/97, que prevê:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula segunda Na fiscalização de contribuinte que realizar operações interestaduais com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária serão observados os seguintes procedimentos:

I - na abertura dos trabalhos, a autoridade fiscal, devidamente credenciada pelo fisco da unidade federada de localização do estabelecimento, deverá:

a) emitir documento de início de fiscalização, conforme legislação de cada unidade da Federação, nele fixando o prazo para apresentação dos livros, documentos fiscais e outras informações necessárias à execução dos trabalhos fiscais programados;

(...)

Neste sentido, a fiscalização mineira, através do agente que subscreve o Auto de Infração sob análise, foi credenciada pelo Fisco paulista pelo Ofício Credencial PFC-11 – Sé nº 170/2005, órgão da Secretaria da Fazenda de São Paulo, conforme informa o Fisco na fl. 385 (segundo parágrafo).

Acrescente-se, ainda, que o auditor fiscal mineiro estava amparado pela Ordem de Serviço “OS: 08-060000260-60”, conforme consta do Auto de Infração, fls. 04, tendo sido emitido o TIAF de fls. 02, como se verá a seguir.

Portanto, o auditor fiscal mineiro agiu corretamente e dentro das competências legais previstas na legislação tributária.

A segunda preliminar de nulidade, ausência do Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF, pois, no entendimento da Autuada, o prazo para a fiscalização concluir os trabalhos já se encontrava esgotado, uma vez que transcorreram mais de 90 dias da sua lavratura e a do Auto de Infração, também, neste ponto, não assiste melhor sorte à Autuada.

Com efeito, o art. 52, parágrafo único da CLTA/MG é expresso e autoriza a lavratura do Auto de Infração, independentemente de novo início da ação fiscal, desde que o contribuinte não exerça o direito a denúncia espontânea que lhe é devolvido, nos seguintes termos:

Art. 52 - O AIAF ou o auto lavrado na forma do § 1º do art. 51 terá validade por 90 (noventa) dias, prorrogáveis por até igual período mediante ato formal de servidor fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

Parágrafo único - Esgotado o prazo previsto neste artigo, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, autoriza, também, o art. 52 caput da CLTA/MG, a prorrogação automática do TIAF por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão [...].

Neste sentido, foram lavrados 33 (trinta e três) Autos de Infração contra a Autuada, em razão de que em cada um deles havia coobrigado diferente, ou matéria de responsabilidade exclusiva da Autuada, como o presente Auto de Infração que trata da multa por descumprimento de obrigação acessória. Assim, verifica-se, no mínimo, extensão das tarefas de fiscalização.

Desta forma, seja pela disposição do parágrafo único, seja pela do caput do art. 52 da CLTA/MG, o lançamento tributário seguiu o rito procedimental prescrito pela legislação tributária e está correto em relação à Autuada.

Do mérito

Inicialmente, é importante esclarecer que o Fisco obedeceu às reformulações dos Autos de Infração que exigiram o ICMS/ST e a multa de revalidação e fez os mesmos ajustes no ora sob análise, conforme quadros de fls. 111/344, com intimação de fls. 109, na mesma data da intimação de fls. 05, isto é, em 30/06/06.

Neste diapasão, é importante salientar que o Fisco manteve a mesma metodologia utilizada para a cobrança do ICMS/ST e da multa de revalidação, observando-se que foram emitidos vários Autos de Infração.

O Auto de Infração de fls. 04/05 foi retificado às fls. 108/109. As intimações à Autuada, fl. 05 e fl. 109, foram na mesma data, isto é, em 30/06/06, o que permite concluir que o lançamento relativo ao segundo Auto de Infração (ambos com a mesma numeração), que retifica o primeiro, foi eficaz e produziu todos os efeitos jurídicos, independentemente do primeiro.

A Impugnante alega que a autuação é improcedente, pois o “Sr. Auditor Fiscal aplicou a multa isolada à Impugnante ao fundamento de *‘situação irregular/ a menor, do valor da base de cálculo do ICMS/ST’*”.

Argumenta que a multa isolada não pode prevalecer porque a “Impugnante não foi autuada por tal fundamento, ou seja, por ter constado nas notas fiscais de saída, valor menor da base de cálculo do ICMS/ST. Portanto, se não houve autuação neste sentido, como pode ser aplicada a multa isolada?”.

Buscando reforçar o seu argumento, aduz que no Auto de Infração não foi apurada a diferença de ICMS/ST.

Ora, o Auto de Infração sob análise trata exatamente das mesmas operações, mesmas notas fiscais, constantes dos 32 (trinta e dois) outros Autos de Infração já julgados por este Conselho de Contribuintes e relacionados à fl. 206 dos autos - procuração.

Como dito acima, o Fisco cautelosamente fez os mesmos ajustes no Auto de Infração ora analisado, contemplando os ajustes dos outros Autos de Infração, onde se exige o ICMS/ST da diferença da base de cálculo e o ICMS destacado – o fora a menor – e não pago.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A acusação fiscal nos lançamentos que exigiram o ICMS/ST e a multa de revalidação refere-se ao imposto destacado a menor e ao imposto destacado e não pago pelo contribuinte. Todos os acórdãos deixam isto bem claro. Senão veja-se:

O Acórdão 18.903/09/3ª, julgado na mesma data do ora analisado, traz no relatório a seguinte acusação fiscal: “A autuação versa sobre a retenção a menor e falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária - ICMS/ST - no período de janeiro/2002 a Outubro/2004”. Todos os demais acórdãos têm relatórios e motivações semelhantes.

Consta ainda na motivação do referido acórdão, como nos demais, no mérito, após a análise detalhada dos valores consignados em nota fiscal e os que são realmente devidos ao Fisco, que:

“Pela Nota Fiscal de fl. 30, o imposto devido por substituição tributária destacado foi de R\$ 46,50, item 3 acima, inferior ao devido, tendo sido adotada base de cálculo menor do que a acima demonstrada.

Neste diapasão, o Fisco, com razão, afirmou que houve retenção a menor do ICMS-ST/retenção irregular, conforme consta do relatório da acusação fiscal.”

Além disso, os quadros que sustentam o presente trabalho fiscal são claros e demonstram que a exigência fiscal refere-se à diferença entre a base de cálculo adotada pela Autuada e a correta, que deveria ter sido consignada na nota fiscal.

Neste sentido, prescreve o art. 55, inciso VII da Lei 6763/75:

(187) VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada; (grifo nosso)

(187) **Efeitos a partir de 1º/11/2003** - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003.

A metodologia utilizada pelo Fisco de exigir a multa isolada aplicada em Auto de Infração separado, ao invés de fazer a exigência em cada um dos outros em que exigiu o ICMS/ST e a multa de revalidação, é precisa e não traz qualquer prejuízo à Autuada e à sua defesa.

Primeiro, a mesma não poderia ser exigida nos Autos de Infração em que havia Coobrigado, pois o mesmo não responde pelo descumprimento da obrigação acessória que está a cargo da Autuada.

Segundo, os fatos foram os mesmos que resultaram nas exigências do ICMS/ST e da multa de revalidação, cujos Autos de Infração foram todos, sem exceção, julgados pelo Conselho de Contribuintes e aprovados após as retificações procedidas pelo Fisco, que resultaram, também, em adequações na autuação sob análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Terceiro, a Autuada descumpriu a obrigação acessória, qual seja, o dever instrumental de consignar na nota fiscal a base de cálculo correta do imposto devido e, não o fazendo, responde pelo referido ato.

Portanto, não assiste razão à Autuada, estando, desta forma, correta a exigência da multa isolada capitulada no Auto de Infração ora analisado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do Fisco de fls. 247/248 e quadro de fls. 258/344. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Caio Júlio Cezar de Sousa Rêgo e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 20 de janeiro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Relator