

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.528/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 04.002215770-10
Impugnação: 40.010130715-72 (Coob.)
Impugnante: Sintonia Comércio de Utilidades Ltda
CNPJ: 10.896387/0001-60
Autuado: Lilian Andrade Anacleto Ribeiro
Origem: P.F/Antônio Reimão de Melo - Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária. Contudo, tendo em vista o tipo de mercadoria transportada e a alegação da Impugnante de que a destinatária a usaria em sua atividade fim, fato não ilidido pelo Fisco, aplica-se as disposições contidas no art. 112 do Código Tributário Nacional em face da inexistência de perfeita convicção quanto à natureza ou circunstância material do fato ou a extensão de seus efeitos. Canceladas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no arts. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, acobertadas pela Nota Fiscal n.º 1115, emitida em 08 de agosto de 2011 por Sintonia Comércio de Utilidades Ltda, acompanhada pelo DAE n.º 9700391170506, referente ao recolhimento antecipado do ICMS/ST para Minas Gerais em valor inferior ao devido.

Exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista na Lei n.º 6.763/75, art. 56, inciso II.

Da Impugnação

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 17/18, em síntese, aos fundamentos seguintes:

- não recolheu a taxa de expediente nos termos do item 2.21 da Tabela "A" anexa à Lei n.º 6.763/75;

- recebeu o Auto de Infração na qualidade de Coobrigada, por estar transportando a mercadoria;

- a destinatária das mercadorias é a empresa Lilian Andrade Anacleto Ribeiro, inscrita no CPNJ sob o n.º 12.798.581/0001-38, com inscrição estadual de Minas Gerais n.º 0016871280081;

- é a emitente da nota fiscal e está sediada no Estado do Rio de Janeiro;
- a atividade da empresa destinatária de mercadorias é “*comércio varejista de bebida*”, o que pressupõe ser um bar, e sendo assim, é consumidora final das mercadorias, uma vez que não é comércio de artefatos de uso doméstico;
- cita o art. 20, inciso II do Anexo XV do RICMS/MG para sustentar que a alíquota de ICMS no Estado do Rio de Janeiro é de 18% (dezoito por cento) e no Estado de Minas Gerais é de 12% (doze por cento), sendo a diferença de 6% (seis por cento), devidamente recolhida o ICMS a título de substituição tributária, não havendo nenhuma irregularidade e muito menos diferença de valores há serem recolhidos;
- o princípio de proporcionalidade impede que se possa reconhecer validade, a uma multa exorbitante tal como esta aplicada, uma vez que a natureza desta penalidade passa a ser confiscatória.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 26/28, contrariamente ao alegado pela defesa, em resumo, aos fundamentos que se seguem:

- a Impugnante alega que a atividade da destinatária é “*comércio varejista de bebida*”, o que pressupõe ser um bar, e sendo assim, é consumidora final das mercadorias, uma vez que não é comércio de artefatos de uso doméstico, mas não junta aos autos qualquer prova neste sentido;
- realmente a empresa está cadastrada como “*comércio varejista de bebidas*”, conforme Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Minas Gerais no Sintegra, contudo não se pode presumir que seja um bar, atividade que tem outra classificação;
- mesmo que fosse bar não se pode concluir, sem documentação hábil que a mercadoria foi adquirida para consumo do destinatário;
- cita o Anexo XV do RICMS/MG, em seu art. 12, § 3º;
- a Multa de Revalidação foi aplicada devidamente conforme art. 56,. Inciso II da Lei n.º 6.763/75, em função da diferença do ICMS/ST, que não foi recolhida para o Estado de Minas Gerais;
- o cálculo do imposto devido teve como base o Anexo XV, Parte 2, item 30, subitem 30.1.10 do RICMS/02;
- o contribuinte destinatário descumpriu o art. 16, incisos IX e XIII da Lei n.º 6.763/75, combinado com os arts. 14 e 46, inciso II do mesmo Anexo XV;
- corrigir as exigências do ICMS/ST devido e da multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento);
- por força do art. 21, inciso II, alínea “g” da Lei n.º 6.763/75, o transportador torna-se coobrigado.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe, lavrado para formalizar as exigências da diferença de ICMS devido por substituição tributária e da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei n.º 6.763/75, em face do transporte de mercadorias, acobertadas pela Nota Fiscal n.º 1115, emitida em 08 de agosto de 2011 por Sintonia Comércio de Utilidades Ltda, ora Impugnante.

Dos autos extrai-se que a Fiscalização, em verificação fiscal de rotina, no dia 09 de agosto de 2011, abordou-se o veículo de placa LTB-3547/RJ, no Posto Fiscal Antônio Reimão de Mello, localizado na Rodovia BR-040, km 813, Zona Rural de Matias Barbosa/Minas Gerais, transportando mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária (ST), acobertadas pela Nota Fiscal n.º 1.115, emitida em 08 de agosto de 2011 por Sintonia Comércio de Utilidades Ltda, CNPJ, 10.896.387/0001-60, acompanhada pelo DAE n.º 9700391170506, referente ao recolhimento antecipado do ICMS/ST para Minas Gerais, no valor de R\$ 142,56 (cento e quarenta e dois reais e cinquenta e seis centavos).

Verificando o cálculo do ICMS/ST devido, a Fiscalização considerou que ainda haveria uma diferença de R\$ 235,22 (duzentos e trinta e cinco reais e vinte e dois centavos) a ser recolhida, pelo que lavrou o presente Auto de Infração.

O ICMS/ST considerado devido foi calculado conforme Planilha de fl. 08, com base na Parte 2 do Anexo XV, item 30, subitem 30.1.10 do RICMS/02.

Constam do presente processo o DANFE da Nota Fiscal n.º 1.115 (fl. 04), Consulta Pública do Cadastro do destinatário (fl. 06) e do transportador/remetente (fl. 07); bem como cópia do DAE n.º 9700391170506 (fl. 09).

Inicialmente cumpre analisar a sujeição passiva da Impugnante, eleita como Coobrigada por ser transportadora da mercadoria objeto da autuação.

A Coobrigação está fundamentada nas disposições contidas no art. 21, inciso II, alínea “g” da Lei n.º 6.763/75, que assim determina:

SEÇÃO IV

Da Responsabilidade Tributária

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

II - os transportadores:

.....

g) em relação a mercadoria transportada com documento fiscal desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, sem destaque do imposto retido ou com destaque a menor do imposto devido a título de substituição tributária;

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como pode ser verificado na parte final da alínea “g” acima transcrita está expressamente determinado que o transportador deverá ser incluído no polo passivo como coobrigado, nas autuações relativas à mercadoria transportada com documento fiscal que tenha destaque a menor do imposto devido a título de substituição tributária.

Portanto, de acordo com a imputação fiscal, correta a eleição da Impugnante como Coobrigada.

Cabe então analisar o mérito propriamente dito da autuação. Nesta fase, como se verá a seguir, no mínimo, dúvidas subsistem quanto à correção das exigências formalizadas pelo Fisco no presente lançamento.

Sustenta a Impugnante que a destinatária das mercadorias - Lilian Andrade Anacleto Ribeiro (Autuada), inscrita no CPNJ sob o n.º 12.798.581/0001-38 e no Estado de Minas Gerais sob o n.º 0016871280081, utilizaria a mercadoria para utilização em sua atividade, uma vez ter como atividade o “*comércio varejista de bebida*”, o que pressuporia ser ela um bar, e sendo assim, consumidora final das mercadorias.

Neste sentido, alega o Fisco que a Impugnante não trouxe aos autos provas da real atividade da destinatária ou mesmo da utilização das mercadorias por ela adquiridas.

Frise-se que a emitente da nota fiscal é a própria Impugnante e a mesma está sediada no Estado do Rio de Janeiro, sendo a operação objeto da autuação uma venda interestadual.

Como o próprio Fisco reconhece (fl. 27), realmente a empresa destinatária está cadastrada como “*comércio varejista de bebidas*”, conforme Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Minas Gerais no Sintegra de fl. 06.

Alega também o Fisco que, a partir do cadastro da destinatária, não se pode presumir ser ela um bar e que a atividade de bar tem outra classificação.

Voltando-se ao documento de fl. 06 verifica-se que a atividade da destinatária das mercadorias é diferente daquela exposta no documento de fl. 07 como atividade da Impugnante (comércio varejista de outros artigos de uso doméstico).

Por este dado pode-se também concluir que as empresas tem atividade diversa e que, se a atividade de bar tem classificação diferente da citada no Cadastro da destinatária, também a classificação para empresa varejista de artigos de uso doméstico é diferente daquela (“*comércio varejista de bebidas*”).

Se por um lado o Fisco sustenta que a Impugnante não teria provado ser a destinatária um bar, também ele não trouxe quaisquer provas no sentido de demonstrar não ser ela um bar e sim uma empresa que revende as mercadorias adquiridas.

Lembre-se que, para autuar, deve o Fisco buscar a certeza de suas assertivas e a exata caracterização do fato gerador.

Portanto, a partir do argumento levantado na impugnação o Fisco deveria ter apresentado provas de que a destinatária, contribuinte mineiro do qual o Fisco detém os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dados, não se trata de um bar e exerce atividade diversa, compatível com a venda das mercadorias adquiridas.

Veja-se que o Fisco poderia mesmo pelos dados enviados pela destinatária através de seus arquivos eletrônicos, demonstrar que ela atua no ramo de comércio varejista de artigos domésticos.

Acrescente-se que as mercadorias adquiridas (trinta caixas de canecas Viking) são compatíveis com a atividade de bar, lanchonete.

Como a destinatária não veio aos autos, cabe à Câmara decidir com os elementos constantes do presente processo.

Sendo assim, deve ser aplicado o art. 112 do Código Tributário Nacional, em face da inexistência de perfeita convicção quanto à natureza ou circunstância material do fato ou a extensão de seus efeitos, *in verbis*:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

.....
II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
.....

Da inteligência do artigo supra depreende-se o princípio da estrita legalidade tributária, que, segundo a ilustre Professora Maria de Fátima Ribeiro, “*traz consigo uma tipificação rigorosa, qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato ao conceito da norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal in dubio pro reo.*”

A norma contida no art. 112 do Código Tributário Nacional deve ser entendida como orientadora do aplicador da lei que, analisando a situação lhe apresentada, deve respeitar os ditames contidos em tal dispositivo. É certo que tal norma resulta da influência do Direito Penal e tem fundamento na consciência de que, se por um lado o Estado deve se cercar de todos os meios para evitar a ocorrência de procedimentos que levem a sucumbir dos cofres públicos os tributos devidos, por outro a injustiça na punição deve ser repugnada.

Também o doutrinador José Jayme de Macêdo Oliveira, em seu livro “Código Tributário Nacional – Comentários, Doutrina e Jurisprudência”, assim se manifesta quanto ao art. 112, acima transcrito:

“Art. 112 – Este artigo, fechando o Capítulo “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”, prescreve a *interpretatio in bonam partem* nas sendas do Direito Tributário, ou, em outros termos, manda aplicar o princípio “*in dubio pro reo*”, sempre que se instalar dúvida relativamente ao descrito nos quatro incisos. O princípio da legalidade, juntamente com o da tipicidade, vetores mestres da tributação, impõem que qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fato à norma, é de ser resolvida em favor do contribuinte.”

Portanto, cabível a aplicação do artigo acima transcrito pois diversos dos aspectos apontados nos autos deixam dúvidas quanto à natureza ou circunstância material do fato e, principalmente, quanto à extensão dos seus efeitos.

Importa destacar ainda as disposições do art. 20, inciso II do Anexo XV do RICMS/02, que trata do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na hipótese de entrada, em operação interestadual de mercadorias destinadas a uso/consumo ou ativo do destinatário, *in verbis*:

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

.....
II - na entrada, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, o valor calculado mediante aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo.
.....

Por fim cumpre destacar que as disposições contidas no § 3º do art. 12 do Anexo XV, citado pelo Fisco, não se referem exatamente à questão tratada nos autos. Tal artigo trata da relevância das denominações dos itens do próprio Anexo XV para definir os efeitos tributários, trazendo a regra de que estes visam meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, *in verbis*:

Art. 12-
§ 3º - As denominações dos itens da Parte 2 deste Anexo são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor), Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 07 de fevereiro de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**