

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.141/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215578-41
Impugnação: 40.010128699-70
Impugnante: Lavorwash Brasil Industrial e Comercial Ltda
CNPJ: 02.184151/0001-72
Proc. S. Passivo: Jayr Viégas Gavaldão Júnior/Outro(s)
Origem: P.F/São Sebastião do Paraíso - Varginha

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO - MÁQUINAS E APARELHOS MECÂNICOS E ELÉTRICOS. Constatado, no trânsito de mercadorias, que a Impugnante reteve a menor ao Estado de Minas Gerais o ICMS devido por substituição tributária, incidente nas operações interestaduais, em decorrência de a apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido no art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada os termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação em tela versa sobre a constatação de que a autuada efetuou retenção e recolhimento de ICMS/ST a menor, referente às notas fiscais eletrônicas, acompanhadas por Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica/DANFs nºs 6530, 6531 de 27/10/10 e nº 6588 de 28/10/10, com a utilização indevida da redução de base de cálculo, uma vez que as mercadorias em questão, LAVADORAS DE ALTA PRESSÃO, NCM/SH nº 8424.30.10, constantes no referido DANFE, e inseridas no subitem 45.12, da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02, referem-se a lavadoras de uso doméstico, não se aplicando, portanto, a redução de base de cálculo preceituada no item 16, do Anexo IV, do RICMS/02 c/c o Convênio ICMS nº 52/91, pois tais diplomas legais tratam de “MÁQUINA, APARELHO OU EQUIPAMENTO, INDUSTRIAIS”.

Exige-se o ICMS/ST, a multa de revalidação e a Multa Isolada do art. 55, inciso VII, majorada os termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente, e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17/47 acompanhada dos documentos de fls. 48/110, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 116/119 anexando os documentos de fls. 120/122.

O Fisco concede vista dos autos aos Procuradores da Impugnante, pelo prazo de cinco dias em função dos novos documentos anexados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante se manifesta, novamente, às fls. 125/127, e em resposta o Fisco retorna aos autos às fls. 130/132.

Em sua Impugnação a Autuada alega que:

- é inquestionável que o NCM das mercadorias consta da lista taxativa do Convênio, e, portanto, patente a possibilidade de fruição do benefício;

- por tratar-se de benefício objetivo, não há que se verificar, o destino que será dado ao equipamento;

- dispõe que a Fiscalização não pode prever qual a destinação dos equipamentos, tampouco se foram utilizados para uso doméstico;

- entende que a norma não impõe que se comprove a efetiva utilização dos produtos para fins industriais;

- há que se reconhecer que os produtos vendidos pela recorrente, conforme admite a própria Fiscalização, estão previstos na lista do Convênio 52/91;

- nenhuma penalidade poderia ser aplicada à Impugnante, á luz do art. 100, parágrafo único do CTN;

- afirma a inexistência de infração anterior apta a ensejar a aplicação da majoração da punição pela reincidência;

- além da desproporcionalidade e confiscatoriedade das multas, individualmente consideradas, é também inadmissível sua aplicação cumulada;

O Fisco se contrapõe aduzindo que a redução de base de cálculo prevista pelo Convênio ICMS 52/91, c/c item 16, Anexo IV do RICMS/02 não é aplicável aos produtos relacionados nas notas fiscais relacionadas no Auto de Infração.

Entende que, os dispositivos referidos trazem a previsão de utilização do benefício para máquinas, aparelhos e equipamentos que tenham uso restrito na indústria.

Refuta a impossibilidade de punição da conduta conforme requerido pela Impugnante à luz do art. 100, § único, do CTN. Pois, não se verifica estreita relação entre o dispositivo legal e o caso vertente.

Em sua segunda alocação, a Impugnante prossegue na mesma linha de argumentação.

Da mesma forma o Fisco nada de inovador acrescenta em nova manifestação.

DECISÃO

Conforme já demonstrado o Auto de Infração em debate foi lavrado em função de ter a Autuada efetuado retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária (ICMS/ST) a menor, tendo se utilizado, de forma indevida, de redução de base de cálculo, prevista em convênio.

Assim, tem-se a disposição expressa do Convênio ICMS 52/91, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONVÊNIO ICMS 52/91

Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir: (grifo nosso)

Deve o convênio ser ainda analisado em conjunto com a disposição contida no item 16 do Anexo IV do RICMS/02:

ANEXO IV

(...)

Item 16

Saída, em operação interna ou interestadual, de máquina, aparelho ou equipamento, industriais, relacionados na Parte 4 deste Anexo: (grifou-se)

Portanto, conclusão outra não há, senão a de que para utilização do benefício fiscal em comento é condição *sine qua non* que os aparelhos e/ou equipamentos beneficiados sejam industriais, ou seja, aquele que tenha destinação industrial.

Não há razoabilidade na argumentação da Impugnante de que seria impossível prever a destinação dos equipamentos por ela comercializados, pelo fato de que os mesmos tinham como destino a empresa Leroy Merlin Companhia Brasileira de Bricolagem, estabelecimento que sabidamente comercializa produtos a seu destinatário final, ou seja, é de público e notório conhecimento que uma indústria não irá adquirir bens para seu ativo naquele estabelecimento comercial.

Em segundo lugar, é perfeitamente possível a constatação da destinação dos produtos por suas próprias especificações técnicas, e potência do equipamento.

Em ambos os casos a conclusão é idêntica, os produtos não se destinam a utilização industrial, destarte não fazem jus ao benefício fiscal.

Passando a análise da multa isolada aplicada, o inciso VII, art. 55 da Lei nº 6.763/75 traz a tipificação de infrações em que se faz consignar em documento fiscal que acoberta as operações ou prestações base de cálculo diversa da prevista pela legislação, conduta esta a qual se amolda perfeitamente aquela praticada pela Impugnante e, portanto constatada a estreita subsunção do fato à norma.

Quanto à alegação da Impugnante que questiona a confiscatoriedade da multa isolada, destaca-se que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos termos determinados pela Lei nº 6763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineira. Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à majoração da multa isolada, vale salientar que houve a comprovação da reincidência conforme documento de fls. 136 dos autos. Portanto, também correta a exigência do agravamento da penalidade, com fulcro no art. 53, § 7º da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 53, § 7º da Lei 6763/75:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(....)

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Raimundo Francisco da Silva que excluía a multa isolada. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Raimundo Francisco da Silva.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

Cam/ml

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.141/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215578-41
Impugnação: 40.010128699-70
Impugnante: Lavorwash Brasil Industrial e Comercial Ltda
CNPJ: 02.184151/0001-72
Proc. S. Passivo: Jayr Viégas Gavaldão Júnior/Outro(s)
Origem: P.F/São Sebastião do Paraíso - Varginha

Voto proferido pelo Conselheiro Raimundo Francisco da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência se restringe à aplicação da multa isolada, que, respeitando as opiniões em contrário, entendo não se aplicar ao caso concreto, conforme os fundamentos a seguir expostos, ainda que intrinsecamente vinculados à matéria de fundo, qual seja as condições de aplicabilidade da redução da base de cálculo nas operações com máquinas e equipamentos industriais, de que trata o Convênio ICMS nº 52/91.

Depreende-se dos autos que o contribuinte utilizou-se de tal benefício fiscal sob o entendimento de que, para fazer jus ao mesmo, basta o enquadramento do produto na lista anexa ao referido convênio (lista esta reproduzida na Parte 4 do Anexo IV do RICMS/02).

Ocorre que, apesar da natureza objetiva de que se reveste o benefício – isto é, aplica-se ao produto, pouco importando a natureza jurídica do estabelecimento do contribuinte que realize a operação, se industrial, produtor, comercial, etc. – sua fruição depende também da destinação do produto. Vale dizer, o mero enquadramento deste na referida lista, por si só, não é fator determinante para a aplicação do benefício; é necessário ainda que o mesmo seja efetivamente destinado à utilização industrial, ou, no mínimo, que seja passível dessa utilização.

No caso concreto, portanto, caberia à Impugnante ter trazido aos autos um mínimo de evidências no sentido de que as máquinas objeto das exigências pudessem se destinar à atividade industrial, tarefa da qual não se desincumbiu.

Assim, tenho como correta a exigência do ICMS recolhido a menor, tendo em vista a ausência de qualquer prova ou evidência de que as máquinas se destinavam ou pudessem se destinar ao uso industrial.

Pelo contrário, aliás, elementos constantes dos autos, tais como o fato de a operação ter como destinatário estabelecimento comercial varejista (Leroy Merlin) cuja atividade preponderante é sabidamente a venda de equipamentos e materiais de construção e bricolagem, bem como utilidades domésticas em geral, e ainda o porte e especificações das máquinas, levam à conclusão de que as mesmas se destinavam exclusivamente ao uso doméstico, não estando compreendidas, portanto, no conceito de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

máquina industrial, não obstante se enquadrarem na lista antes mencionada (“outras máquinas e aparelhos de desobstrução de tubulação ou de limpeza, por jato de água”, cód. NCM 8424.30.10, conf. o item 20.2 da Parte 4 do Anexo IV do RICMS/02).

Como se vê, trata-se de matéria realmente tormentosa, de modo que a interpretação e aplicação da legislação específica quase sempre comporta certo grau de dificuldade, principalmente naquelas hipóteses em que o produto seja passível de utilização tanto para fins industriais como em outras atividades, surgindo assim dúvidas quanto à determinação do alcance do benefício.

Logo, conquanto não tenha a Impugnante demonstrado que as máquinas fossem (ou sejam) passíveis dessa dupla utilização, mas, diante do enquadramento das mesmas na referida lista – *fato este incontroverso, eis que admitido pela própria Fiscalização* –, não é de todo desprovido de razão o seu procedimento, pelo que, na espécie, não vislumbro conduta infracional passível de punição mediante a penalidade aplicada, reputando-a até justificável, na medida em que, diante da convicção de que as operações gozavam do benefício, outra não poderia ser a atitude da Autuada senão adotar e consignar a base de cálculo reduzida nas notas fiscais correspondentes.

Assim, embora não reconhecendo à Autuada o direito ao benefício da redução da base de cálculo do imposto (cuja legislação concessiva deve ser interpretada restritivamente), no tocante ao descumprimento da obrigação acessória concedo-lhe o benefício da dúvida, para excluir a multa isolada aplicada, com fundamento no disposto no art. 112, II, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2011.

**Raimundo Francisco da Silva
Conselheiro**