

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.410/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172137-10
Impugnação: 40.010130969-07
Impugnante: Gerdau Aços Longos S A
IE: 223346945.25-72
Proc. S. Passivo: Wagner Roberto Rodrigues/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO – MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. Constatou-se, mediante análise dos livros e documentos fiscais, a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST nas notas fiscais de contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, em remessa de mercadorias (materiais de construção) a destinatários mineiros, a partir da redação do subitem 18.1.39 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, dada pelo Decreto nº 45.192/09. Exigências do complemento do ICMS/ST, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II § 2º e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais anteriores à vigência do Decreto acima mencionado e, ainda para adequar a Multa Isolada aplicada, reduzida ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos do art. 55, inciso VII, alínea "c", da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor de ICMS substituição tributária, no período de setembro de 2009 a fevereiro de 2011, nas operações destinadas a este Estado, com a mercadoria “vergalhão de aço”, constante do item 18.1.39 do Anexo XV do RICMS/MG, redação vigente à época.

No caso, a Autuada, não obstante ter utilizado margem de valor ajustada, nas suas operações interestaduais, com base na cláusula terceira do Protocolo de ICMS nº 32/09, a fez de maneira equivocada, adotando a Margem de Valor Agregado (MVA) de 27,74% (vinte sete inteiros e setenta e quatro décimos por cento), prevista no item 18.1.40, quando deveria ter utilizado a MVA de 40,36% (quarenta inteiros e trinta e seis décimos por cento), do item 18.1.39.

Exige-se complementação do ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada capituladas no art. 56, inciso II, § 2º e no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 44/59, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 100/108.

DECISÃO

Do Mérito

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor de ICMS substituição tributária, nas operações destinadas a contribuintes mineiros com a mercadoria “vergalhão de aço”.

A Contribuinte inicia sua defesa alegando o fato de que não existe a mercadoria conhecida como “vergalhão de ferro”. Assim, sustenta sua defesa na premissa de que o produto descrito no Protocolo ICMS nº 32/09 e para a qual houve previsão de MVA de 27,74% (vinte e sete inteiros e setenta e quatro décimos por cento) é na verdade o vergalhão de aço. Aduz que tal assertiva é confirmada pela FIPE, que utilizou, para sua pesquisa, o produto vergalhão de aço, marcas GERDAU e BELGO.

Acrescenta que o equívoco do Protocolo ICMS nº 32/09 foi sanado pelo Estado de São Paulo, conforme Portaria CAT nº 78, de 02/06/10.

Verifica-se que a Portaria CAT nº 78/10, pela própria transcrição trazida na peça impugnatória, não socorre a Litigante, na medida em que somente possibilitou a aplicação do Índice de Valor Agregado (denominado pela legislação de Minas Gerais, MVA) dos vergalhões de ferro para os vergalhões de aço, sem definir objetivamente que houve o equívoco na apuração da margem de agregação, nos termos alegado pela defesa.

Certo é que, mesmo se assim não fosse, não há como aplicar a legislação interna do Estado de São Paulo para as operações destinadas ao Estado de Minas Gerais. O Protocolo ICMS nº 32/09 foi regulamentado por este Estado nos seus exatos termos, hipótese em que, para fins de destinação de mercadorias a Minas Gerais, deve o contribuinte observar a legislação interna.

Da mesma forma, o Ofício da FIPE de fls. 82, não obstante representar declaração de órgão reconhecidamente idôneo, não vincula a administração fazendária. Não há no Protocolo ICMS qualquer cláusula que preveja o estabelecimento pela FIPE da margem de agregação. O estabelecimento da MVA advém de estudos técnicos e/ou pesquisas técnicas, como as da FIPE, mas não necessariamente dela. Ademais, o que há de ser observado e obedecido, tanto pelo Fisco quanto pelos contribuintes, é a MVA prevista nos decretos do Poder Executivo, consoante autorização legal (art. 22 da Lei nº 6.763/75).

Portanto, depreende-se dos autos que o cerne da presente contenda reside, precisamente, na análise da correta classificação dos vergalhões de aço face à legislação aplicável, e conseqüentemente, da MVA correspondente.

Assim, tem-se a seguinte redação para os itens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02:

SUBITEM	Código NBM/SH	DESCRIÇÃO	MVA (%)
18.1.39	7308.90.10	Barras próprias para construções	40,36
18.1.40	7214.20.00 (grifou-se)	Vergalhões de ferro	27,74

Efeitos de 1º/08/2009 a 31/10/2009 - Acrescido pelo art. 1º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/2009.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As exigências da Fiscalização recaem a partir de 24/09/09, conforme subitem 18.1.39 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Saliente-se que é ponto pacífico entre as partes o fato de que as mercadorias transacionadas são codificadas na NBM/SH como 7214.20.00.

Correlacionando os vergalhões, código 7214.20.00, com o subitem 18.1.39 mencionado, forçoso é reconhecer a impropriedade da cobrança fiscal, haja vista que nem a descrição, nem a NCM prevista abarca a mercadoria transacionada. Por conseguinte, não há o recolhimento a menor apontado pelo Fisco.

No entanto, para o período seguinte, a partir de 01/11/09, a conclusão se inverte. Com a alteração do subitem 18.1.39, dada pelo Decreto nº 45.192/09, os vergalhões de aço, código 7214.20.00, passaram a estar previstos nesse subitem, estando correto o entendimento fiscal quanto a adoção da MVA original de 40,36% (quarenta inteiros e trinta e seis por cento). Confira-se:

SUBITEM	Código NBM/SH	DESCRIÇÃO	MVA (%)
18.1.39	7214.20.00 (grifou-se) 7308.90.10	Barras próprias para construções, inclusive vergalhões de aço	40,36
18.1.40	72.13 7214.20.00	Vergalhões de ferro	27,74

Efeitos de 1º/11/2009 a 28/02/2011 - Redação dada pelo art. 1º, III, e vigência estabelecida pelo art.2º, ambos do Dec. nº 45.192, de 13/10/2009.

Corresponde matéria também sob contenda o cálculo do Fisco com aplicação da MVA ajustada nas operações autuadas.

Analisando-se a matéria, a princípio, sob o prisma do *quantum debeat*, urge seja considerada a disposição contida na alínea “b12”, inciso I do art. 42 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - Nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12% (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguinte mercadorias:

(...)

b.12) ferros, aços e materiais de construção relacionados na Parte 6 do Anexo XII, em operações promovidas por estabelecimento industrial.

Sendo certo que o produto em tela encontra-se relacionado no item 2 da Parte 6 do Anexo XII do RICMS/02, e, considerando que se está a tributar, mediante substituição tributária, as operações subsequentes, descabe considerar a condição do remetente (substituto tributário) para fins de aplicação da alíquota prevista na retrocitada subalínea “b.12” do inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cuida-se, sim, das operações que, por presunção legal, ocorrerão (até o consumidor final) neste Estado, as quais não se pode afirmar, que serão realizadas apenas por estabelecimentos industriais.

Isto posto, conclui-se que a alíquota aplicável para as operações internas objeto da substituição tributária neste caso monta a 18% (dezoito por cento).

Ocorre, todavia, que a legislação (RICMS/02: Anexo IV, Parte 1, Item 9) prevê redução de base de cálculo nas operações internas com os “ferros e aços não planos” relacionados na Parte 2 do referido Anexo IV, dentre os quais figura o vergalhão comercializado pela Impugnante, de modo que a carga tributária resulte em 12% (doze por cento).

Não obstante a existência de tal benefício fiscal, entende a Fiscalização que deve ser adotada, para fins de cálculo do ICMS-ST, a margem de valor agregado (MVA) ajustada, posição esta também esposada pela Superintendência de Tributação-SUTRI, (cite-se, à guisa de exemplificação, a resposta proferida no âmbito da Consulta de Contribuinte nº 279/10).

Rogando as vênias de estilo, não nos parece que assim seja.

Há que se ter presente, para desenlace da questão, as razões que ensejaram a concepção normativa da MVA Ajustada, qual seja, a eliminação de vantagem concorrencial de índole tributária decorrente da localização do contribuinte, o que se encontra em franca desconformidade com a norma extraída do art. 152 da Constituição da República.

De fato, é sabido que repugna à ordem constitucional o estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Assim sendo, em se tratando de produtos sujeitos à sistemática da substituição, cuja carga tributária interna seja superior à alíquota aplicável nas operações interestaduais destinadas a este Estado 12 % (doze por cento), para efeitos de apuração de base de cálculo com utilização de margem de valor agregado, faz-se necessário o ajuste da mesma à alíquota interestadual aplicável, de sorte a anular a dita distorção, sob pena de inaceitável discriminação em desfavor dos contribuintes mineiros.

Referida situação não se configura, todavia, na hipótese em que a carga tributária interna é equivalente àquela incidente na operação interestadual, caso em que a adoção da MVA Ajustada, ao invés de combater a distorção concorrencial, acaba por gerá-la.

No presente caso, por questões de política tributária, optou o Estado de Minas Gerais em conceder o benefício da redução da base de cálculo nas operações internas com as mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02. Assim, caso fosse adotada a MVA Ajustada, conforme intenciona a Fiscalização, os contribuintes mineiros responsáveis pela apuração e pelo recolhimento do ICMS/ST relativo às operações subsequentes que, por presunção legal, ocorrerão neste Estado, não gozariam do benefício concedido, ao contrário das empresas localizadas em Minas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gerais que promovessem operações internas com as mesmas mercadorias, ocasionando, assim, prejuízos à posição concorrencial dos primeiros.

Em outras palavras, a prevalecer o entendimento que fundamentou a ação fiscal, a adoção da MVA Ajustada importará na geração da distorção que, paradoxalmente, deveria ser por ela mesma eliminada, em franca contradição não só com o ordenamento jurídico, mas também com as próprias razões que ensejaram a sua criação, bem como privaria os contribuintes mineiros responsáveis pela apuração e pelo recolhimento do ICMS/ST do gozo do benefício da redução da base de cálculo.

Portanto, não há que se falar em MVA Ajustada no percentual de 50,63% (cinquenta inteiros e sessenta e três por cento), conforme determinado pelo Fisco no presente Auto de Infração.

Em razão do exposto conclui-se tratar as mercadorias objeto da autuação de vergalhões de aço, conforme subitem 18.1.39 da Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, que determina que a MVA de 40,36% (quarenta inteiros e trinta e seis décimos por cento), é a prevista para tais mercadorias.

Já no que diz respeito à multa isolada, o Fisco exigiu a prevista no inciso VII do artigo 55 da Lei nº 6763/75, “*por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação*”, apenando a Autuada ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

Entretanto, com a nova redação dada à Lei nº 6763/75, pela Lei nº 19.978/11, o percentual aplicável para o caso dos autos passou a ser de 20% (vinte por cento). Transcreve-se:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Destaca-se que a vigência do dispositivo retro se deu a partir de 01/01/12, ou seja posteriormente à lavratura do Auto de Infração. Entretanto, aplica-se *in casu* a denominada retroatividade benigna, a teor do disposto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, para fins de reduzir a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às NF's anteriores a 01/11/09, adotando, para o cálculo do crédito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributário remanescente, a MVA original, e ainda para reduzir a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos da alínea "c", inciso VII, art. 55 da Lei 6.763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de março de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

CC/MG