

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.496/17/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000581553-40
Impugnação: 40.010141785-75
Impugnante: Caracol Comércio de Máquinas e Ferramentas Ltda
IE: 001798717.00-46
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, na condição de substituta tributária, por força dos Protocolos ICMS n°s 39/09 e 159/09, nas remessas de mercadorias destinadas a contribuintes localizados neste estado, listados nos itens 44 e 45 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Entretanto, excluídas as exigências relativas aos produtos destinados aos estabelecimentos enquadrados nos grupos 10 a 33 da CNAE-F. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, da Lei n° 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da mesma lei c/c o art. 106, inciso II, do CTN.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, na condição de substituta tributária, por força dos Protocolos ICMS n°s 39/09 e 159/09, nas remessas de mercadorias destinadas a contribuintes localizados neste estado, listados nos itens 44 e 45 da Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02. Todavia excluída a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI c/c § 4º da Lei n° 6.763/75, por inaplicável à espécie. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei n° 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento e de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, por força dos Protocolos de ICMS n°s 39/09 e 159/09, nas operações subsequentes com as mercadorias listadas nos itens 44 e 45 da Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02 (Material elétrico e Máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos), destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/01/11 a 31/12/11.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea 22.496/17/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“c”, da Lei nº 6.763/75 (retenção a menor do ICMS/ST) e no art. 54, inciso VI, da citada lei, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g”, do RICMS/02 (falta de indicação da base de cálculo do ICMS/ST).

Instruem os autos o Relatório Fiscal de fls. 08/15, o Demonstrativo e cálculo da Multa Isolada (fls. 17/19), cópias de DANFES por amostragem (fls. 21/74), cópia do Catálogo de Produtos da empresa (fls.76/173), o Demonstrativo de Apuração do ICMS/ST – retenção e recolhimento a menor (fls.174/236), e o Demonstrativo de Apuração do ICMS/ST – falta de retenção e de recolhimento (fls. 238/253), todos constantes do CD de fls. 255.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 257/266, alegando em síntese:

- que aplicou corretamente a legislação contida no Convênio ICMS nº 52/91, que concede a redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, às mercadorias por ela comercializadas, quais sejam: NBMs 84137010 (Bomba d'água submersível), 84242000 (Pistola pulverizadora elétr.), 84672999 (Plaina elétrica) e 84678900 (roçadeira a gasolina);

- que tal convênio não obriga ou vincula destinatários ou usuários dos produtos, mas estabelece a redução da base de cálculo para as operações em geral com destinatário de qualquer natureza, inclusive consumidor ou usuário final, não contribuinte do ICMS;

- que não há restrição legal no Convênio nº 52/91 quanto à destinação do adquirente, e que não é competência do estado alterar a Cláusula Primeira do referido Convênio;

- que a redução da base de cálculo prevista na Cláusula Primeira do referido Convênio tem caráter objetivo, bastando, para sua utilização, que as mercadorias estejam elencadas nos anexos do Convênio, o que ocorreria com todos os produtos da Autuada;

- que o adjetivo “industriais” que acompanha os termos “máquinas e equipamentos” constante em sua Cláusula Primeira objetivou incentivar a aquisição de bens a serem utilizados em uma atividade econômica e que a norma não obriga que ela verifique qual a efetiva utilização dará o destinatário ao produto, se na linha de produção ou outro uso;

- cita a apelação cível nº 1.0024.11.118772-0/001 da comarca de Belo Horizonte, que decidiu favoravelmente ao contribuinte sobre essa matéria, e afirma que o entendimento tem jurisprudência pacificada.

Por fim alega que as multas aplicadas têm caráter confiscatório.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 303/331, refuta as alegações da Defesa, pugna pela procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 334/355, opina, pela procedência parcial do lançamento para excluir a Multa Isolada exigida com base no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 por inaplicável à espécie.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, em grande parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento e de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, por força dos Protocolos de ICMS nºs 39/09 e 159/09, nas operações subsequentes com as mercadorias listadas nos itens 44 e 45 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (Material elétrico e Máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos), destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/01/11 a 31/12/11.

Inicialmente cabe destacar que a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST decorreu do fato de a Autuada ter utilizado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, c/c os itens 10.1, 20.1 e 56.5 da Parte 4 do mesmo Anexo.

A Autuada alega, em sua defesa, que aplicou corretamente a legislação contida no Convênio ICMS nº 52/91, que concede a redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, às mercadorias por ela comercializadas, quais sejam: NBMs 84137010 (Bomba d'água submersível), 84242000 (Pistola pulverizadora elétr.), 84672999 (Plaina elétrica), e 84678900 (roçadeira a gasolina).

A Impugnante sustenta que o Convênio ICMS nº 52/91 estabelece a redução da base de cálculo para as operações em geral com destinatário de qualquer natureza, inclusive consumidor ou usuário final, não contribuinte do ICMS.

Entende que a redução da base de cálculo prevista na Cláusula Primeira do referido Convênio tem caráter objetivo, bastando, para sua utilização, que as mercadorias estejam elencadas nos anexos do Convênio, o que ocorreria com todos os produtos da Autuada.

Aduz que o adjetivo “industriais” que acompanha os termos “máquinas e equipamentos” constante em sua Cláusula Primeira objetivou incentivar a aquisição de bens a serem utilizados em uma atividade econômica e que a norma não obriga que ela verifique qual a efetiva utilização dará o destinatário ao produto, se na linha de produção ou outro uso.

Registre-se que não se questiona a classificação fiscal utilizada pela Contribuinte.

Trata o citado Convênio ICMS nº 52/91 da redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, veja-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONVÊNIO ICMS nº 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: (grifou-se)

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos de 01.08.00 a 29.12.15.

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

(...)

(Grifou-se)

Cumprir destacar, que o inciso II teve sua redação alterada pelo Convênio nº 154/15, e agora possui a seguinte redação:

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

Cláusula primeira (...)

I - nas operações interestaduais:

a) (...)

b) (...)

Nova redação dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.

II - nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do Convênio nº 52/91, depreende-se que o legislador concedeu benefícios distintos, buscando promover a indústria (cláusula primeira) e promover a agropecuária (cláusula segunda).

E que, para utilização do benefício fiscal em comento é condição sine qua non que os aparelhos e/ou equipamentos beneficiados sejam industriais (tenham destinação industrial).

Na mesma linha o Anexo IV do RICMS/02, item 16, dispõe:

ANEXO IV - DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

PARTE 1

DAS HIPÓTESES DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

(a que se refere o artigo 43 deste Regulamento)

(...)

Item 16 Saídas, em operação interna ou interestadual, de máquina, aparelho ou equipamento, industriais, relacionados na Parte 4 deste Anexo:

(...)

(Grifou-se).

A Impugnante alega que não compete ao estado alterar a Cláusula Primeira do referido Convênio, restringindo o benefício previsto em convênio do CONFAZ.

Entretanto, a restrição “de ser equipamento industrial” está prevista tanto no convênio, como na legislação mineira do ICMS, como se verifica dos dispositivos supratranscritos.

O que resta diferente na legislação deste estado constitui exatamente a omissão do dispositivo que ia de encontro ao objetivo do legislador de potencializar a atividade industrial e atividade agropecuária.

Tal assertiva é comprovada pelo fato de que, com o Convênio nº 154/15, não há mais a previsão de equipamento industrial para consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS.

É cediço que a base de cálculo do ICMS, conforme dispõe o Convênio ICMS nº 52/91, no qual o benefício previsto no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 tem supedâneo, fica reduzida nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais.

Assim, para fins de aplicação da redução de base de cálculo, além de a descrição e a classificação fiscal do produto constar do Anexo I do Convênio ICMS nº 52/91, bem como da Parte 4 do Anexo IV do RICMS/02, a máquina, aparelho ou equipamento devem se destinar ao uso industrial.

Esse é o entendimento externado pela Superintendência de Tributação (SUTRI) na consulta de Contribuintes nº 042/12, infra transcrita:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 042/12

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PTA N° : 16.000401692-15

ORIGEM : Ribeirão Preto - SP

ICMS – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO– VÁLVULA
– A redução da base de cálculo estabelecida no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 aplica-se em relação às válvulas tipo gaveta classificadas no código 8481.80.93, às válvulas tipo esfera classificadas no código 8481.80.95 e as válvulas tipo borboleta classificadas no código 8481.80.97, além de outros dispositivos para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes classificadas no código 8481.80.99, desde que caracterizados como apropriados para uso industrial.

(...)

CONSULTA:

1 – Em relação aos produtos listados na Parte 4 do Anexo IV do RICMS/2002 cabe a aplicação da respectiva redução de base de cálculo, independentemente do tipo de venda?

2 – Os produtos em questão já estão indiscutivelmente inseridos nas tabelas de redução, tendo em vista que sua natureza é explicitada na orientação legal?

RESPOSTA:

1 e 2 – Nos termos do inciso XV do art. 222 do RICMS/02, a redução de base de cálculo é considerada uma isenção parcial do imposto. Sendo assim, para a aplicação da redução prevista no Convênio ICMS 52/91 e estabelecida no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, prevalece a regra de interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN).

Logo, a expressão “industriais”, constante da Cláusula Primeira do Convênio e do Item 16 do Anexo IV do Regulamento, deve ser considerada para interpretação da norma.

Para aplicação da redução de base de cálculo sob análise é necessário que o aparelho, máquina ou equipamento esteja adequadamente enquadrado na descrição e na classificação constantes da Parte 4 do Anexo IV e que possa ser caracterizado como produto “industrial”, considerado como tal aquele cujas características o tornem apropriado para uso em indústrias, ainda que eventualmente, na fase final do ciclo comercial, venha a ser adquirido para uso residencial. (Grifou-se).

Por outro lado, a redução em questão não se aplica em relação à máquina ou ao aparelho ou ao equipamento considerado apropriado para uso doméstico, ainda que eventualmente venha a ser adquirido por uma indústria.

(...)

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 30 de março DE 2012.

Destaque-se que a consulta retrocitada, deixa claro que a redução de base de cálculo é considerada uma isenção parcial do imposto. Sendo assim, para a aplicação do disposto no item 16, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, prevalece a regra de interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN.

Partindo-se desta premissa, a teor do art. 111, inciso II do CTN, a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

Em sua obra de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, em notas ao art. 111, inciso II, do CTN, leciona Leandro Paulsen:

"Analogia e isenção. Incompatibilidade. Nos julgados que deram origem à Súmula 100 do STJ muito se discutiu sobre a interpretação das normas concessivas de isenção, tendo restado consolidada posição no sentido de que descabia raciocinar-se analogicamente para o efeito de estender benefício de isenção a situação que não se enquadraria no texto expresso da lei. Senão vejamos: 'Constitucional. Tributário. Isenção do Adicional de Frete para a Marinha Mercante - AFRMM. Equivalência com o sistema DRAW BACK. Impossibilidade. A isenção, no sistema jurídico-tributário vigente, só é de ser reconhecida pelo Judiciário em benefício do contribuinte, quando concedida, de forma expressa e clara pela lei, devendo a esta se emprestar compreensão estrita, vedada a interpretação ampliativa...' (STJ, 1ª T., REs 31.215-6/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, jun./1993). 'Tributário - BEFIEX - DRAW BACK - Distinções - Isenção - CTN, art. 111, II, Lei n. 5.025/66 (art. 55) ... 2. A isenção é avessa às interpretações ampliativas, não se acomodando à filiação analógica (art. 111, II, CTN). (...)' (STJ, 1ª T., REs 36.366-7/SP, rel. Min. Milton Pereira, ago./1993)." (In ob.cit. 3ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 620/621). (Grifou-se).

Cabe lembrar que as disposições do Convênio ICMS nº 52/91 e do Anexo IV do RICMS/02, não deixam qualquer dúvida quanto ao uso dos equipamentos que fazem *jus* à redução de base de cálculo “nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I” e “nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II”. Logo, a expressão “industriais”,

constante da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 52/91 e do item 16 do Anexo IV do Regulamento, deve ser considerada para interpretação da norma.

Nesse sentido, para fazer *jus* ao benefício fiscal o aparelho/equipamento/máquina deve ser caracterizado como “industrial”, considerado como tal aquele cujas características o tornem apropriado para uso em indústrias, sendo estas as empresas que exerçam, preponderantemente, as atividades descritas como industrialização de que trata o inciso II do art. 222 do RICMS/02 e cujo complexo de bens se destinem à produção de mercadorias.

A Fiscalização, busca demonstrar que as mercadorias comercializadas pela Autuada não são fabricadas com o objetivo de serem utilizadas em processo de industrialização.

Todavia, analisando os documentos de fls. 75/173 dos autos, anexados pela própria Fiscalização, chega-se à conclusão diametralmente oposta àquela adotada para o trabalho.

Por exemplo, o documento de fls. 105 dos autos (anexado pela Fiscalização) traz as especificações do produto “pistola de pintura de ar direto PPB-1.0”, em sua descrição é dito: ideal para pinturas diversas em residências ou industriais, podendo ser utilizada também para pulverização.”

Portanto, diferentemente daquilo afirmado pela Fiscalização, o produto pode ter aplicações industriais, conforme definido pelo seu próprio fabricante.

Nesse mesmo sentido, verificamos que todos os itens ou produtos relacionados no Auto de Infração poderiam ter ou não aplicação ou utilização industrial.

Não sendo esta uma característica ontológica da coisa, mas sim uma definição que passa pela verificação de sua destinação.

Vale ressaltar que este mesmo entendimento ou conclusão é aplicável a todos os produtos relacionados.

Considerando assim, a impossibilidade de verificação individualizada da aplicação de cada um dos produtos vendidos de forma pontual, há de se adotar um critério válido e razoável que possa minimamente trazer uma premissa geral.

Nesse sentido deve-se tomar por base o CNAE do destinatário da mercadoria, quais sejam, aqueles estabelecimentos enquadrados nos grupos 10 a 33 da CNAE-F, partindo da premissa que, em sendo estabelecimento industrial, o produto terá portanto utilização ou aplicação neste mesmo escopo, convalidando a utilização do benefício em exame.

Em relação às notas fiscais elencadas no Anexo 6 (operações sem retenção/recolhimento do ICMS/ST, acostado às fls. 238/253), a Impugnante não apresentou defesa.

Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante às multas isoladas cabem as seguintes considerações.

Para a conduta de “consignar base de cálculo do ICMS/ST a menor” no documento fiscal, a Fiscalização aplicou a multa isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, c/c com o art. 106, inciso II, do CTN.

Para a falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST, adotou-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, § 4º da mesma lei, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g” do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

RICMS/02

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

g) demais indicações não especificadas nas alíneas anteriores: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, a conduta apenada por consignar e por deixar de consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação a base de cálculo prevista na legislação, se amolda às condutas apenadas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, que tomam como base o valor das operações ou das prestações realizadas ou da base de cálculo estabelecida pela legislação (inciso II do art. 53). Confira-se:

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

I - o valor da Unidade Fiscal de Referência - UFIR, prevista no artigo 224 desta Lei, vigente na data em que tenha ocorrido a infração e, quando for o caso, o valor do imposto não declarado;

II - o valor das operações ou das prestações realizadas ou da base de cálculo estabelecida pela legislação;

III- o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

IV - o valor do crédito de imposto indevidamente utilizado, apropriado, transferido ou recebido em transferência;

(...).

(Grifou-se)

Todavia, no período atuado determinava o art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, com redação vigente até 31/12/11, a cobrança da multa por consignar base de cálculo diversa da prevista na legislação no montante de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

Com o advento da Lei nº 19.978/11, ocorreu a inclusão do inciso XXXVII ao art. 55 da Lei nº 6.763/75, e ainda, alterou o texto do inciso VII do mesmo artigo, que, de forma expressamente interpretativa incluiu as alíneas “a”, “b” e “c” ao respectivo inciso, deixando claro todas as condutas abrangidas dentro do tipo que possui como núcleo “por consignar”.

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:

Efeitos a partir de 1º/01/2012:

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

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; (grifou-se).

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

(Grifou-se)

Destaque-se que a vigência do dispositivo retro se deu a partir de 01/01/12.

A Fiscalização, aplicando a denominada retroatividade benigna, a teor do disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, aplicou a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento), de forma a beneficiar o Contribuinte, em relação às operações em que o Contribuinte consignou base de cálculo do ICMS/ST a menor.

Com a inclusão do inciso XXXVII ao art. 55 da Lei nº 6.763/75, por meio da Lei nº 19.978/11, foi também apenada a conduta "por deixar de consignar", com vigência a partir de 01/01/12. Entretanto, esta penalidade não deve ser aplicada de forma retroativa, nos termos do art. 105 do CTN.

Ainda que se entendesse que o fato de não informar a base de cálculo do ICMS/ST acarretou falta de destaque do imposto, hipótese prevista no art. 54, inciso VI c/c o art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02, a Fiscalização entendeu aplicável a alínea "g" do inciso VI do art. 215, do RICMS/02.

Portanto, deve-se excluir a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI c/c o art. 215, inciso VI, alínea "g" do RICMS/02, por inaplicável à espécie.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA "a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda".

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas aos produtos destinados a estabelecimentos enquadrados nos grupos 10 a 33 da CNAE-f e, ainda, para excluir a Multa Isolada exigida com base no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Vencido, em parte, o Conselheiro Wagner Dias Rabelo, que o julgava improcedente. Pela Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro vencido, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 09 de maio de 2017.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

CC/MG

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.496/17/1 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000581553-40	
Impugnação:	40.010141785-75	
Impugnante:	Caracol Comércio de Máquinas e Ferramentas Ltda	
	IE: 001798717.00-46	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Wagner Dias Rabelo, 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 decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento e de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, por força dos Protocolos de ICMS n^{os} 39/09 e 159/09, nas operações subsequentes com as mercadorias listadas nos itens 44 e 45 da Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02 (Material elétrico e Máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos), destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/01/11 a 31/12/11.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II e § 2^o, inciso I, e Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei n^o 6.763/75 (retenção a menor do ICMS/ST) e no art. 54, inciso VI, da citada lei, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g”, do RICMS/02 (falta de indicação da base de cálculo do ICMS/ST).

Entretanto, o cerne da questão está fundado no fato de que a Autuada teria utilizado, de forma indevida, da redução da base de cálculo do ICMS nas saídas do produto classificado na NCM 84137010, com fundamento no convênio ICMS n^o 52/91, independentemente do uso final a ser dado pelo destinatário.

No entendimento do Fisco, o benefício previsto no citado Convênio somente pode ser aplicado nas saídas destinadas à indústria, para utilização em seu parque industrial.

No entanto, basta consultarmos as disposições do Convênio ICMS n^o 52/91, para discordarmos do entendimento do Fisco, senão veja-se:

CONVÊNIO ICMS n^o 52/91

Publicação DOU de 30.09.91.

Retificação DOU de 11.10.91 e 04.12.91.

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

O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos Estados e do Distrito Federal, na 64ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 26 de setembro de 1991, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Nova redação à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos a partir de 01.08.00.

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:

I - nas operações interestaduais:

- a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);
- b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Nova redação dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.

II - nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos de 01.08.00 a 29.12.15.

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Redação original, efeitos até 31.07.00:

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:

I - nas operações interestaduais:

- a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito, 6,42% (seis inteiros e quarenta e dois centésimos por cento);
- b) nas demais operações interestaduais, 11% (onze por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 13/92, efeitos de 17.10.91 a 31.07.00:

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 11% (onze por cento).

Redação original, efeitos até 16.10.91:

II - nas operações internas, 11% (onze por cento).

Nova redação dada à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos a partir de 01.08.00.

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 4,1% (quatro inteiros e um décimo por cento):

b) nas demais operações interestaduais, 7,0% (sete por cento).

Nova redação dada ao inciso II da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.

II - nas operações internas, 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento);

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos de 01.08.00 a 29.12.15.

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento).

Redação anterior dada à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 65/93, efeitos de 04.10.93 a 31.07.00.

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas, arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,1% (cinco inteiros e um décimo por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) nas demais operações interestaduais, 8,75% (oito inteiros e setenta e cinco centésimos por cento);

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 7% (sete por cento).

Redação original, efeitos até 03.10.93:

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas, arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sudeste, exclusive Espírito Santo e Sul, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 6,42% (seis inteiros e quarenta e dois centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 11% (onze por cento);

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 13/92, efeitos de 17.10.91 a 03.10.93:

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 8,8% (oito inteiros e oito décimos por cento).

Redação original, efeitos até 16.10.91:

II - nas operações internas, 8,8%.

Revogada a cláusula terceira pelo Conv. ICMS 21/97, efeitos a partir de 01.05.97.

Cláusula terceira REVOGADA

Redação original, efeitos até 30.04.97.

Cláusula terceira Poderão os Estados e o Distrito Federal permitir que estabelecimento industrial adquirente dos produtos objeto da Cláusula primeira se credite de até 20% (vinte por cento) do imposto pago na operação, divididos em parcelas iguais, durante 12 (doze) meses.

Parágrafo único. A fruição do benefício previsto nesta Cláusula se fará com observância das condições e forma estabelecidas pela unidade da Federação concedente.

Acrescida a cláusula quarta pelo Conv. 87/91, efeitos a partir de 17.10.91.

Cláusula quarta Fica dispensado o estorno do crédito do imposto relativo à entrada de mercadoria cuja operação subsequente seja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

beneficiada pela redução da base de cálculo de que trata o presente Convênio.

Nova redação dada ao parágrafo único da cláusula quarta pelo Conv. ICMS 1/16, efeitos a partir de 01.01.16.

Parágrafo único. Não se aplicam as disposições desta cláusula aos Estados de Piauí e Sergipe.

Redação anterior dada ao parágrafo único da cláusula quarta pelo Conv. ICMS 123/13, efeitos de 07.11.13 a 31.12.15.

Parágrafo único. Não se aplicam as disposições desta cláusula, aos Estados de Mato Grosso, Piauí e Sergipe.

Acrescido o parágrafo único à cláusula quarta pelo Conv. 69/13, efeitos de 01.10.13 a 06.11.13.

Parágrafo único. Não se aplicam as disposições desta cláusula, ao Estado de Mato Grosso.

Acrescida a cláusula quinta pelo Conv. 87/91, efeitos a partir de 17.10.91.

Cláusula quinta Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas.

Revogado o parágrafo único da cláusula quinta pelo Conv. ICMS 1/16, efeitos a partir de 01.01.16.

Parágrafo único. REVOGADO

Acrescido o parágrafo único à cláusula quinta pelo Conv. 69/13, efeitos de 01.10.13 a 31.12.16.

Parágrafo único. Não se aplicam as disposições desta cláusula, ao Estado de Mato Grosso.

Renumerada a cláusula quarta para cláusula sexta pelo Conv. ICMS 87/91, efeitos a partir de 17.10.91.

Cláusula sexta Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de dezembro de 1992.

Brasília, DF, 26 de setembro de 1991.

Veja que nas disposições do referido Convênio não existe qualquer previsão de que a aquisição do bem deverá ser feita por uma indústria, para utilização em seu parque industrial.

Muito pelo contrário, tanto é verdade que tal condição carece de uma previsão expressa, que no inciso II, da Cláusula Segunda, consta, aí sim, de forma taxativa, que o benefício se aplica, também, nas operações interestaduais com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, em vigor no período de 01/08/00 a 29/12/15, *in verbis*:

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos de 01.08.00 a 29.12.15.

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento). (Grifou-se)

Por todo o exposto, entendo que o lançamento do presente Auto de Infração deve ser cancelado.

Sala das Sessões, 09 de maio de 2017.

**Wagner Dias Rabelo
Conselheiro**