

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.395/17/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000478817-96
Impugnação: 40.010141023-31
Impugnante: Metalquip Indústria Metalúrgica Ltda.
CNPJ: 03.939466/0001-45
Proc. S. Passivo: Flávia Fernanda Benetti Castro/Outro(s)
Origem: DFT/Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. Acusação fiscal de que a Impugnante, contribuinte por substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS n.º 32/09, sediada no estado de São Paulo, promoveu remessas de mercadorias a contribuintes mineiros, de produtos listados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e no referido protocolo, sujeitos ao regime de substituição tributária, sem a retenção e o recolhimento do ICMS/ST devido. Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c o inciso I do §2º do mesmo artigo e 55, inciso XXXVII. A penalidade isolada foi majorada em razão da constatação de reincidências nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75. Infração caracterizada, nos termos do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e Protocolo ICMS n.º 32/09. Contudo, deve ser deduzido na apuração do ICMS/ST, em relação às mercadorias enquadradas pelo Fisco na NBM/SH 7307, o ICMS/operação própria devido para o estado de São Paulo com a aplicação da alíquota interestadual sobre o valor total das mercadorias, nos termos do disposto no art. 20, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas, em parte, as exigências fiscais.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE DESTAQUE DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST NAS NOTAS FISCAIS. Imputação fiscal de falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST nas notas fiscais emitidas. Infração caracterizada nos termos do art. 32, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75, majorada em razão da constatação de reincidências nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015:

1) falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária incidente nas operações de venda a diversos contribuintes estabelecidos em Minas Gerais de mercadorias sujeitas à sistemática de substituição tributária sem os respectivos recolhimentos;

2) consignação de forma equivocada da classificação fiscal NBM/SH 8432.90.00, enquanto o Fisco estadual aponta como correta a classificação NBM/SH 7307 (com incidência do imposto por substituição tributária, nos termos do subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 vigente à época da ocorrência do fato gerador).

Cumprir destacar que a Autuada está estabelecido em outra Unidade da Federação e não possui inscrição de substituto tributário em Minas Gerais.

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e 55, inciso XXXVII. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada a Autuada apresenta tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 51/72, em síntese, aos argumentos seguintes:

- a fim de demonstrar sua correta atitude em recolher o ICMS para São Paulo - tendo em vista que seu produto classificado na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias no código 8432, não é alvo de substituição tributária pelo Protocolo n.º 32/09 -, discorre sobre sua atividade econômica analisando o objeto social da empresa, bem como das características principais de seus produtos;

- segundo a interpretação do Fisco mineiro, os produtos comercializados são acessórios de tubos utilizados em obras de construção civil, o que, conforme o Protocolo n.º 32/09, os tornariam tributáveis pelo Estado destinatário, no caso, Minas Gerais, mas vincula suas mercadorias à finalidade agrícola;

- em consonância ao seu objeto social, sua atividade principal, conforme Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE, consiste em "*fabricação de equipamentos para irrigação agrícola, peças e acessórios*" (CNAE 28.32.1-00);

- cita as características de sua linha de produto para concluir que a finalidade dos produtos por ela comercializados é de cunho estritamente agrícola, sem interpretação dúbia que deságue em conclusões de destinação para construção civil;

- em defesa à correta classificação pela Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, diferente da compreendida pelo Fisco Mineiro, apresenta o desdobramento do código defendido no dilema;

- a classificação pela subposição 8432.90, prevista na Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM, não é aleatória;

- atendendo aos critérios de classificação previstos na RGI, disponibilizada pelo Ministério da Fazenda, atenta à posição específica, característica essencial e à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

posição situada em último lugar na ordem numérica, corretamente ajustou suas mercadorias agrícolas à subposição 8432.90;

- por consequência, apontar o Fisco mineiro como o responsável tributário pelo recolhimento do ICMS, é afrontar os princípios da legalidade tributária, do não confisco e, por fim, dar de ombros aos limites da discricionariedade do agente público;

- no caso em tela, a autuação ignora o princípio da legalidade tributária ao penalizá-la por recolher seus tributos aos cofres paulistas, ainda que esta seja a determinação legal, pois não existe dentro do arcabouço jurídico uma só disciplina normativa que a submeta às regras de substituição tributária, tornando o Auto de Infração e imposição de multa ilegítimos;

- nesta baila, chega-se à conclusão, pelo princípio da legalidade tributária, que a prática de classificação adotada é lícita, não encontrando impedimento na legislação fiscal e o mais importante: não há infração legal tipificada que repare como indevida a conduta praticada;

- para coroar o princípio acima invocado, o princípio da tipicidade veda ao intérprete ou ao aplicador da lei a criação de entendimentos contraditórios, abrangentes ou restritivos àqueles delineados nas normas constitucionais, assim como ocorreu no caso concreto. Não cabe ao Fisco a criação de novas obrigações tributárias que destoem das já preconizadas no arcabouço jurídico, restando nulo o Auto de Infração por ausência de tipificação legal e inexistência de obrigação tributária;

- questiona as penalidades impostas, uma vez que são oriundas de ato administrativo desatrelado de determinações legislativas, logo, arbitrário;

- o Auto de Infração deve ser declarado nulo e suas exigências insubsistentes, conforme consultas que transcreve;

- cita trecho de voto proferido no Acórdão n.º 19.584/12/2ª deste Conselho de Contribuintes e decisões judiciais;

- em suma, tal como já alertado, desde sua constituição, produz exclusivamente peças e equipamentos voltados à seara agrícola, não havendo norma preexistente que qualifique os produtos citados como sujeitos ao pagamento antecipado do tributo;

- é imperioso que se realize prova pericial, notadamente para apurar a natureza da mercadoria produzida e comercializada, sobretudo para ratificar como correta a classificação que vem sendo dada em conformidade com a NCM. Para esse fim, caso não se realize prova pericial com observância no regular contraditório, fica requerida a juntada de parecer técnico que ratificará o narrado nesta defesa, muito embora não haja, por parte do Fisco mineiro, qualquer impugnação ao alegado acerca da destinação da mercadoria;

- ainda nesta linha argumentativa em construção, por romper com o princípio da legalidade tributária, o ato administrativo de autuação tomou-se arbitrário, ocasionando uma cobrança que extrapola os limites confiscatórios;

- não se desconhece que a lei estadual cria essa monstruosidade que o Judiciário vem proclamando tratar-se de confisco. Ao se cobrar multa sobre o valor da operação e aplicar nova sanção que na somatória represente mais de 300% (trezentos por cento) sobre o valor do tributo, fica caracterizado o confisco vedado pela Constituição Federal;

- cita decisão do Supremo Tribunal Federal sobre multas.

Ao final, reitera o pleito pela realização de prova pericial e requer seja sua impugnação conhecida e provida para o fim de serem declaradas insubsistentes as exigências lançadas.

Da Manifestação Fiscal

Em manifestação de fls. 115/137, o Fisco refuta os argumentos da peça de defesa, em resumo, aos fundamentos seguintes:

- a classificação fiscal de mercadorias é realizada com base na NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul, adotada a partir de janeiro de 1995 pelos países membros do Mercosul em uma estrutura de códigos com descrição de características específicas de um produto identificando sua origem, materiais que o compõe e a sua aplicação, tendo como base o SH (Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias), que por sua vez, consiste em método internacional de classificação de mercadorias baseado em estrutura de códigos e suas respectivas descrições e tem por finalidade a padronização da classificação das mercadorias de modo a se obter a perfeita identificação da mercadoria e o correto enquadramento tributário;

- o RICMS/02 adota o sistema NBM/SH em sua legislação para definição de regimes de substituição tributária, sem prejuízo na observância de outras entidades que adotem o sistema NCM, pois nos termos do art. 3º do Decreto Federal n.º 7660/11 a NBM é constituída pela Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM;

- a responsabilidade pela classificação fiscal e enquadramento de seus produtos na codificação da NCM é de responsabilidade exclusiva do produtor/fabricante, o que não exclui do Fisco estadual, em sua incumbência de fiscalização do imposto, discordar da classificação adotada, interpretando a legislação federal aplicável com observação do disposto nas Regras Gerais de Interpretação e nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado;

- na constância do surgimento de dúvidas quanto a correta classificação, cabe ao contribuinte dirigir-se à Receita Federal para formalização e obtenção de Solução de Consulta, pois este se constitui no órgão competente para dirimir as dúvidas sobre o assunto;

- no caso, diante da controvérsia de classificação fiscal e ante a ausência de proposta de Solução de Consulta ao órgão federal pela Impugnante, o fisco estadual adotará a resposta dada na Consulta de Contribuinte n.º 027/13 que estabelece como correta a classificação fiscal NCM 7307, enquadrada no Protocolo ICMS n.º 32/09;

- o Fisco em momento algum contesta as informações referentes à pessoa jurídica do autuado, mas, em concordância com a resposta à Consulta de Contribuinte n.º 027/13, considera que as mercadorias produzidas e comercializadas pela Autuada

possuem uso geral, sendo irrelevante para determinação da substituição tributária a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida, bastando que o produto esteja incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e esteja enquadrado na descrição contida neste mesmo subitem;

- assim, nos termos do § 3º do art. 12, Parte 1 do Anexo XV, as denominações dos itens da Parte 2, como é o caso do item 18 Material de Construção, Acabamento, Bricolagem ou Adorno, destinam-se a facilitar a identificação das mercadorias, sendo irrelevantes para definir efeitos tributários, ficando a incidência do regime de substituição tributária independente do emprego do produto;

- não obstante sustentar que seus terminais hidráulicos sejam destinados a alta e super alta pressão, utilizados em circuitos hidráulicos em partes móveis de máquinas e equipamentos agrícolas, revelando a nítida finalidade e uso estritamente agrícola dos produtos comercializados, enfatiza-se que em momento algum o Fisco concluiu que a mercadoria teria como destinação a exclusiva aplicação na construção civil, por considerar irrelevante na definição dos efeitos tributários a destinação dada à mercadoria;

- a contribuinte demonstra que a classificação fiscal NCM 8432.90.00 segue os exatos termos das Regras Gerais de Interpretação do Sistema Harmonizado, e corresponde ao último lugar na ordem numérica da posição, no entanto, conforme se depreende da resposta à sua Consulta de Contribuinte n.º 027/13, as mercadorias que a Impugnante classifica no código 8432.90.90 da NBM/SH não podem ser classificadas na posição 84.32, pois são consideradas partes e acessórios de uso geral, e, como tais, devem ser classificadas na posição 73.07 da NBM/SH;

- desse modo, o Fisco considera que a regra de interpretação correta para o caso é a Regra 1 segundo a qual a classificação é determinada pelo texto das posições e das Notas de Seção e de Capítulo, admitindo-se a aplicação das demais regras desde que não sejam contrárias aos textos das referidas posições, sendo que, ainda que não se aplique as disposições da Regra 3, a classificação NCM 7307 é mais específica;

- no tocante à alusão de ofensa ao princípio da legalidade tributária, a bem da verdade, o que ocorre é a adequação pelo Fisco da situação fática à legislação pertinente, garantindo igualdade de condições para contribuintes que se encontrem em mesma situação tributária;

- da leitura do texto do Anexo do Protocolo n.º 32/09 não se observa a vinculação de que os produtos ali constantes se destinem a emprego como material de construção. Ao contrário, o que se verifica é que quando se quer restringir o alcance da substituição tributária a produto que tenha emprego somente como material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, tal circunstância deve estar expressa de descrição do item;

- já para sua ponderação de que houve inovação tributária sem lei que o autorizasse, penalizando-a por recolher seus tributos aos cofres paulistas, diante de evidência de ilicitude tributária caracterizada pela falta de apuração e recolhimento do imposto devido por substituição tributária prevista tanto no subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 quanto no item 52 do Anexo do Protocolo ICMS n.º

32/09, a atuação do Fisco é estritamente vinculada e obrigatória, nos termos do § único do art. 142 do Código Tributário Nacional;

- não há o que se falar em inovação tributária e tão pouco em conflito de competência entre sujeitos ativos;

- não há punição à conduta da Autuada no enquadramento de sua mercadoria na codificação de NCM, mas tão somente a constituição e cobrança do imposto devido que não foi recolhido no prazo e condições estipulados na legislação e reforçado pela resposta a ela dada na Consulta de Contribuinte n.º 027/13;

- concernente à sua invocação do princípio da tipicidade, cabe ratificar não ter havido inovação no mundo jurídico;

- não há discricionariedade no ato do lançamento, que se constitui em ato vinculado e obrigatório nos termos do parágrafo único do já citado art. 142 do Código Tributário Nacional;

- em relação à decisão normativa citada pela Impugnante, cumpre esclarecer que para o setor automotivo, há Protocolo ICMS próprio de n.º 41/08;

- a prova pericial solicitada é desnecessária, pois o perito não classifica mercadorias, sendo a Receita Federal, único órgão competente para dirimir dúvidas de contribuintes no tocante à classificação fiscal de mercadorias;

- tratando da invocação ao princípio do não confisco, as multas de revalidação e isolada respaldam-se na legislação vigente e decorrem de inobservância de obrigação acessória, assim como a correção monetária encontra previsão legal no art. 127 da Lei n.º 6.763/75;

- cumpre observar que de acordo com o disposto no art. 110 do Decreto Estadual n.º 44.747/08, matéria de natureza constitucional não é objeto de verificação pelo órgão julgador estadual por encontrar-se fora do campo de sua competência.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado utilizado para formulação da presente decisão de fls. 145/184, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento para que seja deduzido na apuração do ICMS/ST, em relação às mercadorias enquadradas pelo Fisco na NBM/SH 7307, o ICMS/operação própria devido para o estado de São Paulo com a aplicação da alíquota interestadual sobre o valor total das mercadorias, nos termos do disposto no art. 20, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária incidente nas operações de venda a diversos contribuintes estabelecidos em Minas Gerais de mercadorias sujeitas à sistemática de substituição tributária sem os respectivos recolhimentos;

2) consignação de forma equivocada da classificação fiscal NBM/SH 8432.90.00, enquanto o Fisco estadual aponta como correta a classificação NBM/SH 7307 (com incidência do imposto por substituição tributária, nos termos do subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 vigente à época da ocorrência do fato gerador).

Consta o Auto de Infração que, buscando dirimir dúvida quanto ao posicionamento adotado pela ora Impugnante, esta efetuou consulta junto ao órgão próprio (Consulta de Contribuinte n.º 027/13), e cujo resultado reforçou o entendimento defendido pelo Fisco mineiro.

Cumprir destacar que a Autuada está estabelecido em outra Unidade da Federação e não possui inscrição de substituto tributário em Minas Gerais.

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e 55, inciso XXXVII. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75.

Das Preliminares

Da nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante que o Auto de Infração seria nulo por falta dos requisitos essenciais (falta de motivação do equívoco da classificação fiscal adotada pela Impugnante e ausência de tipificação legal para as exigências fiscais) e rompimento dos princípios da legalidade, tipicidade e não confisco.

Cumprir destacar que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;
.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Mencione-se que no relatório do Auto de Infração e no relatório fiscal está esclarecido o procedimento fiscal que resultou na identificação da acusação fiscal, o período autuado, a legislação infringida e as penalidades cominadas. Já nos Anexos que acompanham o Auto de Infração consta a relação de todas as notas fiscais para as quais há exigência fiscal nos presentes autos, bem como cálculo detalhado do imposto e das penalidades exigidos, dentre outras informações

Destaca-se que consta no campo “Relatório” do Auto de Infração (fl. 02) a fundamentação acerca da discordância do Fisco em relação à classificação fiscal das mercadorias por ela adotada, tendo sido citada, inclusive, a resposta à Consulta de Contribuintes n.º 27/13 efetuada pela própria empresa autuada, que corrobora o lançamento fiscal.

Ademais, a Fiscalização tipificou corretamente as exigências fiscais como se verá na fase meritória.

Some-se que em sua manifestação nos autos a Impugnante demonstra ter compreendido a acusação formulada no lançamento e desenvolvido plenamente a defesa, não restando configurada hipótese de cerceamento de defesa.

Por estes fatos e fundamentos, a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional

e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa.

Da análise do Auto de Infração em apreciação, em face das normas acima transcritas, verifica-se cabalmente que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação, não tendo contrariado quaisquer princípios, portanto afasta-se a nulidade arguida.

Da Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, com intuito de que se apure a natureza da mercadoria por ela produzida e comercializada, sobretudo para ratificar como correta a classificação por ela adotada.

Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”* (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Cabe salientar que é responsabilidade do contribuinte os procedimentos para a identificação da classificação e enquadramento dos seus produtos.

No caso de persistirem dúvidas quanto às classificações e às descrições que têm por origem normas federais, o órgão próprio para dirimi-las é a Receita Federal do Brasil.

Contudo, no âmbito do exercício da competência de fiscalizar o ICMS, à Fiscalização estadual cabe aplicar e interpretar a legislação estadual relativa ao imposto e, também, a legislação federal pertinente, inclusive sobre classificação fiscal de mercadorias, nos termos do art. 196 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 196 - Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

No caso dos autos, buscando dirimir dúvida quanto aos procedimentos e classificação fiscal adotada, a Impugnante efetuou junto ao DOLT/SUTRI/SEF/MG a Consulta de Contribuinte n.º 027/13, cuja resposta será reproduzida no mérito do presente parecer, especificamente sobre o objeto da perícia por ela requerida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, portanto, que o lançamento encontra-se instruído com todos os documentos e informações necessárias para se chegar a um convencimento quanto à imputação fiscal.

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

.....
§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

.....
II - será indeferido quando o procedimento for:
a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

.....
Verifica-se que o presente lançamento trata de situação fática e objetiva. Assim, considerando-se que o lançamento se encontra devidamente instruído com todos os documentos e informações necessárias para se chegar a um convencimento quanto à imputação fiscal, a matéria não depende de conhecimentos técnicos especiais para convencimento quanto ao mérito.

Ademais, a resposta aos quesitos formulados pela Impugnante não interferirá no lançamento, como será abordado na análise do mérito.

Assim, observado o disposto no inciso III do art. 154 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, indefere-se o requerimento de perícia deve, com fundamento no § 1º, inciso II, alínea “a” do art. 142 do referido diploma legal.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela ora Impugnante, sediada em São Paulo, contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS n. 32/09, referente às remessas de mercadorias a contribuintes mineiros, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2015.

Acusa ainda a Fiscalização que a Defendente não efetuou a retenção e recolhimento do ICMS/ST em relação a remessas de mercadorias para as quais consigna nas notas fiscais, equivocadamente, a NBM/SH 8432.90.00 que corresponde a parte de peças para máquinas e aparelhos de uso agrícola, hortícola ou florestal (*classificação fiscal para qual não há previsão de aplicação de substituição tributária e possui redução de base de cálculo no operação própria do remetente*) em detrimento à classificação fiscal correta da mercadoria, qual seja, a NBM/SH 7307, correspondente a acessórios para tubos (por exemplo, união, cotovelos, luvas) de ferro fundido, ferro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou aço, sujeitos ao recolhimento do imposto por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 32/09 e subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com redação vigente no período autuado.

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, c/c o §2º, inciso I e 55, inciso XXXVII.

A multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento), no período de 16 de maio de 2012 a 06 de outubro de 2015, e em 100% (cem por cento), no período de 07 de outubro de 2015 a 31 de dezembro de 2015, em razão da constatação de reincidências conforme determina o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75.

Conforme demonstrativo constante do Anexo 2 (fl. 19), as mercadorias objeto das exigências em exame encontravam-se listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período autuado, nos seguintes subitens:

- 18.1.4 (NCM 3917) - MVA 35%;
- 18.1.52 (NCM 7307) - MVA 35%;
- 18.1.16 (NCM 4009) - MVA 55%.

Efeitos de 1º/03/2013 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 5º, II, ambos do Dec. nº 46.137, de 21/01/2013:

18.1.4	39.17	<i>Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos</i>	35
18.1.52	73.07	<i>Acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas), de ferro fundido, ferro ou aço</i>	35

Entretanto, compulsando os demonstrativos de apuração do ICMS/ST constantes da mídia eletrônica de fl. 21 (Planilha A.2 – Apuração do ICMS/ST por documento - aba Extra 1) verifica-se que não há exigência em relação a mercadorias cuja NCM é 39.17.

Dessa forma, as mercadorias objeto das exigências em exame encontravam-se listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período autuado, nos subitens 18.1.52 (NCM 7307 – maior parte dos itens autuados) e 18.1.16 (NCM 40.09 – apenas 2 notas fiscais autuadas – mercadoria mang. hydr. SAE 100 R2AT 2SN).

As mercadorias relativas às NCMs, objeto deste lançamento, encontram-se listadas nos seguintes itens do Anexo único do Protocolo ICMS n.º 32/09:

16.	40.09	Tubos de borracha vulcanizada não endurecida, mesmo providos dos respectivos acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões) para uso na construção civil
52.	73.07	Acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas), de ferro fundido, ferro ou aço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que a Impugnante está inscrita no cadastro de contribuintes paulista sob o CNAE Fiscal principal de n.º 28.33-0-00 (fabricação de máquinas e equipamentos para a agricultura e pecuária, peças e acessórios, exceto para irrigação (fl. 17).

É oportuno salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República, em seu art. 150, § 7º e na Lei Complementar n.º 87/96, conforme art. 6º. Veja-se:

Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar n.º 87/96:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Depreende-se da leitura dos dispositivos retro, que os estados possuem competência para estabelecer, mediante lei, o regime de substituição tributária em relação às mercadorias que julgarem necessárias.

Assim, devidamente autorizado, o estado de Minas Gerais instituiu o regime em comento por meio do art. 22 da Lei n.º 6.763/75.

Nestes termos, tratando-se de operação interestadual, como no caso dos autos, o regime de substituição tributária em relação às operações com mercadorias depende de convênio ou protocolo firmado entre os estados envolvidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência do ICMS/ST da Impugnante fundamenta-se no disposto nos art. 22, inciso II da Lei n.º 6.763/75, art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e Cláusula Primeira do Protocolo ICMS n.º 32/09, *in verbis*:

Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02:

Efeitos de 1º/12/05 a 31/12/15

“Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.”

PROTOCOLO ICMS 32, DE 5 DE JUNHO DE 2009

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

.....
Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM / SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

.....

A base de cálculo do ICMS/ST foi apurada nos termos do disposto no item 3 da alínea “b” do inciso I do *caput* e § 5º, ambos do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICMS n.º 32/09, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

.....
b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

.....
3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

.....
Efeitos de 1º/01/13 a 31/12/15

“§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo, quando o coeficiente a que se refere o inciso IV deste parágrafo for maior que o coeficiente correspondente à alíquota interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), esta será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula “MVA ajustada = {[1+ MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1}x 100”, onde:”

.....

Protocolo ICMS n.º 32/09

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço a consumidor constante na legislação do Estado de destino da mercadoria para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste Protocolo.

§ 1º Em substituição ao valor de que trata o “caput”, a legislação do Estado de destino da mercadoria poderá fixar a base de cálculo do imposto como sendo o preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor agregado ajustada ("MVA Ajustada"), calculado segundo a fórmula MVA ajustada = $[(1 + \text{MVA ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$ ", onde:

I - "MVA ST original" é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado do destinatário para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste Protocolo.

II - "ALQ inter" é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único.

§ 2º Na hipótese de a "ALQ intra" ser inferior à "ALQ inter", deverá ser aplicada a "MVA - ST original", sem o ajuste previsto no § 1º.

§ 3º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos nesta cláusula.

Cláusula quarta O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas a consumidor final na unidade federada de destino, sobre a base de cálculo prevista neste protocolo, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação própria do remetente, desde que corretamente destacado no documento fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de remetente optante pelo regime tributário diferenciado e favorecido de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o valor a ser deduzido a título de operação própria observará o disposto na regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional.

A alíquota interna prevista para as mercadorias é no percentual de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea 'e' do RICMS/02.

Conveniente destacar que o regime de substituição tributária disciplinado na Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 aplica-se em relação ao produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do referido Anexo, desde que integre a respectiva descrição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, estando o produto classificado no código da NBM/SH citado em subitem ou item da referida Parte 2 e, cumulativamente, enquadrando-se na descrição contida neste mesmo subitem ou item, aplica-se o referido regime, ressalvadas as hipóteses de inaplicabilidade da substituição tributária previstas na legislação.

Ressalta-se, conforme expressa determinação constante do § 3º do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, que as denominações dos capítulos da Parte 2 do citado Anexo são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Repita-se, pela importância, que a aplicação da substituição tem por condições cumulativas: encontrar-se o código de classificação da mercadoria na tabela da NBM listado em algum subitem na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e estar o produto contido na descrição do subitem da referida Parte 2 correspondente àquela NBM, conforme explicitado nas respostas às Consultas de Contribuintes n.ºs 078/06 e 009/14, abaixo transcrita:.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 009/2014

PTA Nº: 16.000497175-25

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MANGUEIRAS PARA USO EM ORDENHADEIRAS, SUAS PARTES E PEÇAS - CLASSIFICAÇÃO FISCAL - O regime de substituição tributária previsto no Anexo XV do RICMS/02 aplica-se a mercadoria classificada em um dos códigos da NBM/SH citados em subitem da Parte 2 do mesmo Anexo desde que se enquadre também na respectiva descrição, sendo que as denominações dos itens da referida Parte 2 são irrelevantes para definir os efeitos tributários.

Assim, estando o código NBM listado em algum subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, passa-se a comparar a descrição da mercadoria no respectivo subitem da Parte 2, com a redação original da NBM.

Quando a descrição da mercadoria relacionada no respectivo subitem corresponder exatamente à redação da NBM, todos os produtos abrangidos pelo código NBM previsto estão abrangidos pela substituição tributária.

Verificando-se que a descrição da mercadoria é diferente da redação da NBM, conclui-se que o legislador quis limitar o âmbito de aplicação da substituição tributária apenas à mercadoria descrita, ou seja, a substituição tributária não atinge todas as mercadorias classificadas no código. Encontra-se limitada àquela especificada.

Por consequência, a substituição tributária aplica-se a qualquer produto incluído num dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desde que integre a respectiva descrição.

Importante destacar as regras de interpretação adotadas para a classificação fiscal de mercadorias no Sistema Harmonizado (NESH), reproduzida a seguir:

Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado

A classificação das mercadorias na Nomenclatura rege-se pelas seguintes regras:

1. Os títulos das Seções, Capítulos e Subcapítulos têm apenas valor indicativo. Para os efeitos legais, a classificação é determinada pelos textos das posições e das Notas de Seção e de Capítulo e, desde que não sejam contrárias aos textos das referidas posições e Notas, pelas Regras seguintes:

2.a) Qualquer referência a um artigo em determinada posição abrange esse artigo mesmo incompleto ou inacabado, desde que apresente, no estado em que se encontra, as características essenciais do artigo completo ou acabado. Abrange igualmente o artigo completo ou acabado, ou como tal considerado nos termos das disposições precedentes, mesmo que se apresente desmontado ou por montar.

b) Qualquer referência a uma matéria em determinada posição diz respeito a essa matéria, quer em estado puro, quer misturada ou associada a outras matérias. Da mesma forma, qualquer referência a obras de uma matéria determinada abrange as obras constituídas inteira ou parcialmente por essa matéria. A classificação destes produtos misturados ou artigos compostos efetua-se conforme os princípios enunciados na Regra 3.

3. Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2 b) ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:

a) A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas. Todavia, quando duas ou mais posições se refiram, cada uma delas, a apenas uma parte das matérias constitutivas de um produto misturado ou de um artigo composto, ou a apenas um dos componentes de sortidos acondicionados para venda a retalho, tais posições devem considerar-se, em relação a esses produtos ou artigos, como igualmente específicas, ainda que uma delas apresente uma descrição mais precisa ou completa da mercadoria.

b) Os produtos misturados, as obras compostas de matérias diferentes ou constituídas pela reunião de artigos diferentes e as mercadorias apresentadas em sortidos acondicionados para venda a retalho, cuja classificação não se possa efetuar pela aplicação da Regra 3 a), classificam-se pela matéria ou artigo que

lhes confira a característica essencial, quando for possível realizar esta determinação.

c) Nos casos em que as Regras 3 a) e 3 b) não permitam efetuar a classificação, a mercadoria classifica-se na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

4. As mercadorias que não possam ser classificadas por aplicação das Regras acima enunciadas classificam-se na posição correspondente aos artigos mais semelhantes.

5. Além das disposições precedentes, as mercadorias abaixo mencionadas estão sujeitas às Regras seguintes:

a) Os estojos para aparelhos fotográficos, para instrumentos musicais, para armas, para instrumentos de desenho, para joias e receptáculos semelhantes, especialmente fabricados para conterem um artigo determinado ou um sortido, e suscetíveis de um uso prolongado, quando apresentados com os artigos a que se destinam, classificam-se com estes últimos, desde que sejam do tipo normalmente vendido com tais artigos. Esta Regra, todavia, não diz respeito aos receptáculos que confirmam ao conjunto a sua característica essencial.

b) Sem prejuízo do disposto na Regra 5 a), as embalagens contendo mercadorias classificam-se com estas últimas quando sejam do tipo normalmente utilizado para o seu acondicionamento. Todavia, esta disposição não é obrigatória quando as embalagens sejam claramente suscetíveis de utilização repetida.

6. A classificação de mercadorias nas subposições de uma mesma posição é determinada, para efeitos legais, pelos textos dessas subposições e das Notas de Subposição respectivas, assim como, mutatis mutandis, pelas Regras precedentes, entendendo-se que apenas são comparáveis subposições do mesmo nível. Para os fins da presente Regra, as Notas de Seção e de Capítulo são também aplicáveis, salvo disposições em contrário.

REGRAS GERAIS COMPLEMENTARES (RGC)

1. (RGC-1) As Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado se aplicarão, "mutatis mutandis", para determinar dentro de cada posição ou subposição, o item aplicável e, dentro deste último, o subitem correspondente, entendendo-se que apenas

são comparáveis desdobramentos regionais (itens e subitens) do mesmo nível.

2. (RGC-2) As embalagens contendo mercadorias e que sejam claramente suscetíveis de utilização repetida, mencionadas na Regra 5 b), seguirão seu próprio regime de classificação sempre que estejam submetidas aos regimes aduaneiros especiais de admissão temporária ou de exportação temporária. Caso contrário, seguirão o regime de classificação das mercadorias.

REGRA GERAL COMPLEMENTAR DA TIPI (RGC/TIPI)

1. (RGC/TIPI-1) As Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado se aplicarão, "mutatis mutandis", para determinar, no âmbito de cada código, quando for o caso, o "Ex" aplicável, entendendo-se que apenas são comparáveis "Ex" de um mesmo código.

Menciona-se não haver controvérsia nos presentes autos sobre o enquadramento do produto autuado na NBM/SH 40.09 (mangueiras hidráulicas).

A controvérsia cinge-se ao enquadramento das demais mercadorias objeto das exigências fiscais, às quais são enquadradas pelo Fisco na NBM 7307, listadas no subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, a seguir reproduzido, conforme redação vigente no período autuado, e no item 52 do Anexo único do Protocolo ICMS n.º 32/09.

A Impugnante, por sua vez, entende que tais mercadorias enquadram-se na NBM/SH 8432.90.00 que corresponde a parte de peças para máquinas e aparelhos de uso agrícola, hortícola ou florestal (classificação fiscal para qual não há previsão de aplicação de substituição tributária e possui redução de base de cálculo no operação própria do remetente) e que tal NBM não é alvo de substituição tributária pelo Protocolo ICMS n.º 32/09. Assim, recolheu corretamente o imposto para São Paulo.

Sustenta que vincula suas mercadorias à finalidade agrícola e alerta que, em consonância com seu objeto social, a atividade principal da empresa é a *"Fabricação de máquinas e equipamentos para a agricultura e pecuária, peças e acessórios, exceto para irrigação"* (CNAE principal da empresa junto à Receita Federal sob o nº 28.33-0/00), sendo o CNAE secundário o de nº 28.32-1/00 *"Fabricação de equipamentos para irrigação agrícola, peças e acessórios"*.

Descreve as características de seus produtos e afirma ser nítida sua finalidade, de cunho estritamente agrícola, sem destinação dúbia que deságue em conclusões de destinação para construção civil, como supõe o Fisco.

Acredita que a NCM que melhor representa seus produtos é a de nº 8432.90.00 e assevera que esta classificação não é aleatória e atende aos critérios de classificação previstos na RGI.

Invoca o princípio da legalidade tributária para dizer que o Protocolo ICMS n.º 32/09 traz em seu anexo o rol de mercadorias que terão o ICMS recolhido ao Fisco

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatário da mercadoria, dispondo, especificamente, sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, e demonstra que se o contribuinte for fabricante ou comerciante de mercadorias que envolvam construção civil, substituir-se-á o Fisco responsável pelo recolhimento, deixando de ser o estado-origem para ser o estado-destinatário, sendo que no caso de produtos com finalidade agrícola o protocolo nada dispõe.

Frisa que os produtos por ela comercializados têm classificação fiscal que se subsumem à NCM 84.32 da TIPI e as peças comercializadas são reveladas como “partes” suscetíveis de uso agrícola, não se tratando de “acessórios para tubos” que se enquadram na NCM 7307.

Contudo, não é possível acolher a tese de defesa.

O imposto exigido no lançamento em análise refere-se às operações subsequentes, cujos fatos geradores presumidos ocorreram no território mineiro. Portanto, não se discute o ICMS/operação própria devido ao estado de São Paulo.

As classificação fiscal de mercadorias é matéria de competência federal, cabendo ao contribuinte promover a correta classificação das mercadorias que opera com base nas regras gerais e notas explicativas do sistema harmonizado - SH e nas soluções de consulta apresentadas pela Receita Federal, o que não exclui do Fisco estadual, mediante interpretação a legislação federal para efeitos de fiscalização do ICMS, a prerrogativa para estabelecer a classificação fiscal caso se repute incorreta a adotada pelo contribuinte.

Destaca a Fiscalização que, buscando dirimir a dúvida quanto aos procedimentos e classificação fiscal adotada, a Impugnante efetuou junto ao DOLT/SUTRI/SEF/MG a Consulta de Contribuinte n.º 027/13, cuja resposta reforçou o entendimento defendido neste lançamento.

Relata a Fiscalização que a Autuada, inconformada com a solução dada a consulta por ela apresentada, simplesmente a desconsiderou, mantendo o mesmo posicionamento e a mesma classificação fiscal anteriormente adotada, para os documentos fiscais emitidos após a publicação da resposta da referida consulta.

Assim, a Fiscalização estadual efetuou o lançamento.

Destaca a Fiscalização que foi emitida, pela Impugnante, a nota fiscal complementar de n.º 039.926 (fl. 27), na qual consta a NCM 7307.19.20 para as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal de n.º 39.663 de fls. 29/30 (NCM 8432.90.00).

A seguir, pela importância para o caso em tela, serão reproduzidos excertos da resposta da Consulta de Contribuintes n.º 027/13:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE N° 027/2013

PTA N°: 16.000457512-49

CONSULENTE: Metalquip Indústria Metalúrgica Ltda.

ORIGEM: Catanduva – SP

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA -
APLICABILIDADE. A substituição tributária

estabelecida no Anexo XV do RICMS/02 somente se aplica ao produto que, cumulativamente, esteja incluído num dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 desse Anexo e integre a respectiva descrição, independentemente do emprego que se venha a dar ao produto, servindo as denominações dos itens da Parte 2 meramente para facilitar a identificação das mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo irrelevantes para definir os efeitos tributários, nos termos do § 3º, art. 12, Parte 1 do mesmo Anexo.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, sediada no Estado de São Paulo, tem como atividade principal a fabricação de máquinas e equipamentos para a agricultura e pecuária, peças e acessórios, exceto para irrigação - CNAE 2833-0/00 e secundária a fabricação de equipamentos para irrigação agrícola, peças e acessórios - CNAE 2832-1/00.

Diz que comercializa com contribuintes situados em minas gerais os seguintes produtos: **partes e peças de máquinas e implementos agrícolas, que consistem em conexões hidráulicas para implementos, tais como colheitadeiras, plantadeiras, arados, grades, etc., classificados no código 8432.90.90 da NBM/SH; e acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas) de ferro fundido, ferro ou aço, classificados no código 7307.19.90 da NBM/SH, com emprego na linha automotiva/industrial e não em máquinas e implementos agrícolas.**

Aduz que os arts. 150, § 7º e 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 estabelecem que caberá à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária. Por seu turno, os arts. 6º e 9º da Lei Complementar nº 87/96 determinam que, em relação à operação interestadual, a substituição tributária depende de acordo específico celebrado entre os Estados da Federação.

Cita que o Convênio ICMS 81/93, que determina as regras básicas da substituição tributária em nível nacional, especificamente a sua cláusula segunda, estabelece que somente pode ocorrer cobrança quando houver acordo específico entre os Estados, para aquele produto e naquela operação.

Alega que os Estados de São Paulo e Minas Gerais possuem vários acordos entre convênios e protocolos, mas nenhum traz a obrigatoriedade de

substituição tributária para o seu produto classificado no código 8432.90.90 da NBM/SH.

Afirma que a fiscalização de Minas Gerais alega que o seu produto não deveria ser enquadrado na subposição 8432.90.90 da NBM/SH, mas, sim, no código 7307.19.90 e, assim, estaria sujeito ao regime de substituição tributária, com base na legislação interna deste Estado e no Protocolo ICMS 32/09, que trata de materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno e não agrícola, que é a destinação que dá aos seus produtos.

Acrescenta que o Fisco do São Paulo, por meio do Decreto Normativo CAT 12/2009, deixou explícito que não é apenas a classificação fiscal que deve prevalecer, mas também a descrição e finalidade do produto.

Informa que no Estado de São Paulo seus produtos não estão sujeitos à substituição tributária.

Com dúvida sobre a interpretação da legislação tributária, formula a presente CONSULTA.

CONSULTA:

Os produtos de fabricação da Consulente classificados nos códigos 8432.90.90 e 7307.19.00 da NBM/SH - conexões hidráulicas de alta pressão, projetados, elaborados e fabricados de acordo com especificações das indústrias de máquinas e implementos agrícolas, estão sujeitos à substituição tributária nas operações com empresas sediadas em Minas Gerais, mesmo que os itens não sejam utilizados, em momento algum, na construção civil, mas, sim, em revendas e oficinas de máquinas e equipamentos agrícolas?

RESPOSTA:

Preliminarmente, esclareça-se que a fiscalização do ICMS, em conformidade com o art. 188 do RICMS/02, compete aos órgãos próprios da Secretaria de Estado de Fazenda Estadual e, para efeitos desta fiscalização, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal, nos termos do art. 196 do mesmo Regulamento.

Portanto, no âmbito do exercício de sua competência de fiscalizar o ICMS, ao Fisco Estadual cabe aplicar e interpretar a legislação estadual relativa ao imposto e, também, a legislação federal aplicável.

Desse modo, ao Fisco Estadual compete, no caso concreto e para efeitos de fiscalização do imposto estadual, verificar a correta classificação da mercadoria na NBM/SH, interpretando a legislação

federal e observando, especialmente, o disposto nas Regras Gerais de Interpretação e nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado, bem como as Soluções de CONSULTA da Receita Federal do Brasil sobre classificação de mercadorias. Nesse sentido, pode o Fisco Estadual discordar da classificação efetuada pelo contribuinte.

Feito esse esclarecimento, passa-se à resposta do questionamento formulado.

O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria, conforme dispõe a Cláusula oitava do Convênio ICMS 81, de 10 de setembro de 1993, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária.

Destaque-se que a substituição tributária, disciplinada no Anexo XV do RICMS/02, aplica-se em relação a qualquer produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do referido Anexo, desde que integre a respectiva descrição. Logo, estando o produto classificado no código da NBM/SH citado em subitem da referida Parte 2 e, cumulativamente, enquadrando-se na descrição contida neste mesmo subitem, aplica-se o referido regime.

Importa ressaltar, ainda, que a sujeição ao regime de substituição tributária independe do emprego que se venha a dar ao produto, servindo as denominações dos itens da Parte 2 meramente para facilitar a identificação das mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo irrelevantes para definir os efeitos tributários, nos termos do § 3º, art. 12, Parte 1 do mesmo Anexo XV.

Constata-se não haver dúvidas quanto à aplicação da substituição tributária relativamente aos acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas) de ferro fundido, ferro ou aço, classificados na subposição 7307.19.90 da NBM/SH, relacionados no subitem 18.1.52, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, independentemente do emprego que lhes venha a ser dado pelo destinatário.

Dessa forma, estando situada em unidade da Federação signatária de protocolo celebrado com Minas Gerais para a instituição de substituição tributária, nas remessas dessas mercadorias par estabelecimento de contribuinte deste Estado, a Consulente é responsável, na condição de sujeito

passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, por força do disposto no art. 12, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02 e na Cláusula primeira do Protocolo ICMS 32/09.

A questão, portanto, resume-se a verificar se as demais mercadorias, aquelas que a Consulente classifica no código 8432.90.90 da NBM/SH, também estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

De acordo com o inciso II das Considerações Gerais referente à Seção XVI, contidas nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias - NESH, somente as partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente concebidas para uma máquina ou aparelho determinado ou para várias máquinas ou aparelhos compreendidos na mesma posição (mesmo nas posições 84.79 ou 85.43) classificam-se na posição correspondente a esta ou a estas máquinas.

Nesse sentido, a NESH cita como exemplo de partes das máquinas, aparelhos ou instrumentos da posição 84.32, os rabos de charrua, vigas-mestras de armações, relhas, aivecas e discos de arado e charrua (incluídas as relhas, aivecas e discos diamantados); ferramentas e dentes (mesmo flexíveis) de escarificadores, cultivadores (incluídos os vibrocultores) ou extirpadores; dentes, tambores, rodas denteadas e discos de grades ou de pulverizadores; cilindros, segmentos e elementos de rolos; mecanismos distribuidores de espalhadores de adubos ou de fertilizantes, semeadores, plantadores ou transplantadores, relhas, dentes e discos de enxadas ou de sachadores.

Desse modo, percebe-se que as mercadorias fabricadas pela Consulente não são consideradas como partes exclusivas de máquinas, mas, sim, partes e acessórios de uso geral, dentre os quais se enquadram os artefatos das posições 73.07, 73.12, 73.15, 73.17 ou 73.18, bem como os artefatos semelhantes de outros metais comuns, como o ferro fundido, o ferro e aço, cobre, níquel, alumínio, chumbo, zinco, estanho, tungstênio (volfrâmio), etc, conforme Nota 2, alínea "a", da Seção XV da TIPI.

Conforme disposto na alínea "g" da Nota 1 da Seção XVI, estão excluídos da referida Seção as

partes e acessórios de uso geral, na acepção da Nota 2 da Seção XV, de metais comuns (Seção XV), e os artefatos semelhantes de plásticos (Capítulo 39).

Desse modo, as mercadorias que a Consulente classifica no código 8432.90.90 da NBM/SH não podem ser classificadas na posição 84.32 correspondente às máquinas e aparelhos de uso agrícola, hortícola ou florestal, para preparação ou trabalho do solo ou para cultura, pois, como visto, são consideradas partes e acessórios de uso geral, e, como tais, devem ser classificadas na posição 73.07 da NBM/SH, estando, assim, sujeitas ao regime de substituição tributária por estarem relacionadas no subitem 18.1.52, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, bem como no Anexo único do Protocolo ICMS 32/09.

Cabe salientar, todavia, que é de exclusiva responsabilidade do contribuinte a correta classificação e enquadramento dos seus produtos na codificação da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM. Caso persistam dúvidas quanto às classificações e às descrições que têm por origem normas federais, deverá a Consulente dirigir-se à Receita Federal do Brasil, por ser o órgão competente para dirimi-las.

Por fim, se da solução dada a presente consulta resultar imposto a pagar, este poderá ser recolhido sem a incidência de penalidades, observando-se o prazo de 15 (quinze) dias contados da data em que a consulente tiver ciência da resposta, desde que o prazo normal para seu pagamento tenha vencido posteriormente ao protocolo desta consulta, observado o disposto no art. 42 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 28 de fevereiro de 2013.

Vale dizer que a classificação fiscal de mercadorias é realizada com base na NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul que é composta de código de oito dígitos e foi estabelecido pelo Governo do Brasil para identificar a natureza das mercadorias e promover o desenvolvimento do comércio internacional, além de facilitar a coleta e análise das estatísticas do comércio exterior.

Foi adotada, a partir de janeiro de 1995, pelos países membros do Mercosul em uma estrutura de códigos com descrição de características específicas de um produto identificando sua origem, materiais que o compõe e a sua aplicação, tendo como base o SH (Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias), que por sua vez, consiste em método internacional de classificação de mercadorias baseado em estrutura de códigos e suas respectivas descrições e tem por finalidade a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

padronização da classificação das mercadorias de modo a se obter a perfeita identificação da mercadoria e o correto enquadramento tributário.

O Regulamento do ICMS deste estado, RICMS/02, adota o sistema NBM/SH em sua legislação para definição de regimes de substituição tributária, e nos termos do art. 3º do Decreto Federal n.º 8.950/16, a NBM é constituída pela Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.

Como destacado na resposta de consulta de contribuinte acima transcrita, de acordo com o inciso II das Considerações Gerais referente à Seção XVI, contidas nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias - NESH, somente as partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente concebidas para uma máquina ou aparelho determinado ou para várias máquinas ou aparelhos compreendidos na mesma posição (mesmo nas posições 84.79 ou 85.43) classificam-se na posição correspondente a esta ou a estas máquinas, o que não é o caso das mercadorias autuadas que não se enquadram como de uso exclusivo ou principalmente concebidas para uma máquina.

Vale destacar que de acordo com o item 1 constante das regras de interpretação adotadas para a classificação fiscal de mercadorias no Sistema Harmonizado (NESH), para os efeitos legais, a classificação da mercadoria é determinada pelos textos das posições e das notas de seção e de capítulo, desde que não sejam contrárias aos textos das referidas posições e notas, pelas regras que são, também acima, elencadas.

Nesse sentido, convém destacar que consta do catálogo de produtos da empresa autuada (fl. 18 - mídia eletrônica de fl. 21), a aplicação do produto Engate Rápido Hidráulico como *“Desenvolvimento para aplicações no setor agrícola podendo também ser utilizado em equipamentos industriais.”*

Consta, também, do referido catálogo, a informação de que o público dos produtos comercializados pela Impugnante os profissionais da área de conexões hidráulicas.

Verifica-se que os destinatários das mercadorias autuadas exercem atividades econômicas diversas, conforme a seguir exemplificado, o que corrobora a alegação de que os produtos autuados não se caracterizam como exclusivos ou principalmente concebidos para uma máquina ou aparelho determinado:

- ALTERNATIVA BORRACHAS E FERRAMENTAS LTDA – EPP (4744-0/01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas/4663-0/00 - Comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças);

- JULIO CESAR SERAFIM CPF 992.342.706-49 – ME (4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores);

- BRASIL BORRACHAS LTDA – EPP (4744-0/01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas/3314-7/13 - Manutenção e reparação de máquinas-ferramenta);

- HENNINGS VEDACOES HIDRAÚLICAS LTDA (4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores);

- HIDRAU MÁQUINAS MANGUEIRAS E CONEXÕES LTDA (4689-3/99 - Comércio atacadista especializado em outros produtos intermediários não especificados anteriormente/2812-7/00 - Fabricação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos, peças e acessórios, exceto válvulas);

- MOVIMOC AUTOMAÇÃO INDUSTRIAL LTDA – EPP (4663-0/00 - Comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças/2869-1/00 - Fabricação de máquinas e equipamentos para uso industrial específico não especificados anteriormente, peças e acessórios).

Destaca-se, ainda, a descrição das mercadorias objeto das exigências em exame: TEE, fêmea para engate, macho para engate, adaptadores, emenda hidráulica, cotovelo, união dupla, engates, tampão, capas para mangueiras, capas prensadas, niple, dentre outras.

Verifica-se, portanto, que as mercadorias autuadas não são consideradas como partes exclusivas de máquinas, mas, sim, partes e acessórios de uso geral, dentre os quais se enquadram os artefatos da posição 73.07.

Conforme disposto na alínea “g” da Nota 1 da Seção XVI, estão excluídos da referida Seção as partes e acessórios de uso geral, na acepção da Nota 2 da Seção XV, de metais comuns (Seção XV), e os artefatos semelhantes de plásticos (Capítulo 39).

Desse modo, pelas provas dos autos, as mercadorias que a Impugnante classifica no código 8432.90.90 da NBM/SH não podem ser classificadas na posição 84.32, pois são consideradas partes e acessórios de uso geral, e, como tais, devem ser classificadas na posição 73.07 da NBM/SH, estando, assim, sujeitas ao regime de substituição tributária por estarem relacionadas no subitem 18.1.52, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, bem como no Anexo único do Protocolo ICMS 32/09.

A Impugnante alega, também, que não atua na área de construção civil, bastando verificar que seu contrato social.

Porém, conforme mencionado, é irrelevante para determinação da substituição tributária a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida, bastando que o produto esteja incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e esteja enquadrado na descrição contida neste mesmo subitem, pois nos termos do § 3º do art. 12 da Parte 1 do citado anexo, as denominações dos itens da Parte 2, como é o caso do item 18 (Material de Construção, Acabamento, Bricolagem ou Adorno), destinam-se meramente para facilitar a identificação das mercadorias, sendo irrelevantes para definir efeitos tributários, ficando a incidência do regime de substituição tributária independente do emprego que venha a ser dado ao produto.

A Impugnante sustenta que a classificação fiscal das mercadorias na NCM 8432.90.00 segue os exatos termos das Regras Gerais de Interpretação do Sistema Harmonizado, e corresponde ao último lugar na ordem numérica da posição, observando o que determina a alínea “c” da Regra 3, segundo a qual nos casos em que as regras 3 “a” e 3 “b” não permitam a classificação fiscal, a mercadoria classifica-se

na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

REGRA 3

Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2 b) ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:

a) A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas. Todavia, quando duas ou mais posições se refiram, cada uma delas, a apenas uma parte das matérias constitutivas de um produto misturado ou de um artigo composto, ou a apenas um dos componentes de sortidos acondicionados para venda a retalho, tais posições devem considerar-se, em relação a esses produtos ou artigos, como igualmente específicas, ainda que uma delas apresente uma descrição mais precisa ou completa da mercadoria.

b) Os produtos misturados, as obras compostas de matérias diferentes ou constituídas pela reunião de artigos diferentes e as mercadorias apresentadas em sortidos acondicionados para venda a retalho, cuja classificação não se possa efetuar pela aplicação da Regra 3 a), classificam-se pela matéria ou artigo que lhes confira a característica essencial, quando for possível realizar esta determinação.

c) Nos casos em que as Regras 3 a) e 3 b) não permitam efetuar a classificação, a mercadoria classifica-se na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

No entanto, é importante ater-se à resposta dada à própria Impugnante na consulta por ela formulada (Consulta de Contribuinte n.º 027/13) pela qual lhe é orientado que, *“as mercadorias que a Consulente classifica no código 8432.90.90 da NBM/SH não podem ser classificadas na posição 84.32 correspondente às máquinas e aparelhos de uso agrícola, hortícola ou florestal, para preparação ou trabalho do solo ou para cultura, pois, como visto, são consideradas partes e acessórios de uso geral, e, como tais, devem ser classificadas na posição 73.07 da NBM/SH, estando, assim, sujeitas ao regime de substituição tributária por estarem relacionadas no subitem 18.1.52, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, bem como no Anexo único do Protocolo ICMS 32/09”*. Assim, por tratar-se de produtos destinados a uso geral, considera-se inaplicável a citada alínea “c” da Regra 3 das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado – NESH.

A alegação da Defendente de que consta no Anexo do Protocolo ICMS n.º 32/09 que só estão sujeitas à substituição tributária as operações com materiais destinados à construção, acabamento, bricolagem ou adorno, o que não é o caso dos produtos por ela comercializados, não tem o condão de afastar as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, as mercadorias objeto das exigências em exame encontravam-se listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período autuado, nos seguintes subitens 18.1.52 (NCM 7307) e 18.1.16 (NCM 4009).

Verifica-se que consta do Anexo único apenas em relação às mercadorias autuadas enquadradas na NCM 40.09 a observação de que os produtos são “*para uso na construção civil*”.

Contudo, na legislação mineira não foi eleita esta destinação das mercadorias para fins de aplicação da substituição tributária conforme subitem 18.1.16 acima reproduzido.

Por força da Cláusula Oitava do Convênio ICMS n.º 81/93, que estabelece normas gerais a serem observadas a regimes de substituição tributária, o sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Todavia, a apuração do ICMS/ST exigido merece reparo, no tocante a apropriação do ICMS devido na operação própria.

Conforme se verifica dos demonstrativos de apuração do ICMS/ST, por ter a Impugnante considerado que as mercadorias objeto das exigências (NBM/SH conforme Fisco 7307) enquadravam-se na NBM/SH 8432.90.00 aplicou para a apuração do ICMS/operação própria, devido para o estado de São Paulo, a redução da base de cálculo do imposto prevista no Convênio ICMS n.º 52/91, entendendo que tais itens são destinados exclusivamente para uso agrícola (vide notas fiscais de fls. 31/34).

Observa-se que a Fiscalização, ao apurar o ICMS/ST exigido em relação às operações subsequentes ocorridas neste estado, abateu o ICMS/operação própria (devido para o estado de São Paulo) destacado nos documentos fiscais emitidos para a Impugnante (ou seja, considerou o ICMS devido na operação própria com a aplicação da redução da base de cálculo do imposto).

E nos termos do art. 20, inciso I, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *o imposto a recolher a título de substituição tributária será em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente.*

Depreende-se, do dispositivo legal em exame, que deverá ser utilizado como dedução na apuração do ICMS/ST devido a este estado, o valor do imposto devido na operação própria do Contribuinte remetente.

Dessa forma, o ICMS/operação própria a ser abatido no cálculo do ICMS/ST deve ser aquele efetivamente devido para o estado de São Paulo, desconsiderando a redução da base de cálculo aplicada indevidamente pela Autuada, conforme acusa a Fiscalização.

Esta parcela do ICMS/operação própria não destacada nas notas fiscais objeto deste lançamento poderá ser exigida pelo Fisco paulista, sujeito ativo da obrigação tributária, pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, deve ser deduzido na apuração do ICMS/ST, em relação às mercadorias enquadradas pelo Fisco na NBM/SH 7307, o ICMS/operação própria devido para o estado de São Paulo com a aplicação da alíquota interestadual sobre o valor total das mercadorias, nos exatos termos do disposto no art. 20, inciso I, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Portanto, corretas, em parte, as exigências fiscais de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o §2º, I, da Lei n.º 6.763/75.

Correta a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75, em relação às operações para as quais não houve retenção/recolhimento do ICMS/ST:

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:

.....
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;
.....

Verifica-se que também está correta a citada Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75 em relação às operações para as quais a Impugnante recolheu o ICMS/ST devido, mas não consignou a base de cálculo nas notas fiscais emitidas.

A infração encontra-se plenamente caracterizada nos termos do disposto no art. 32, inciso I, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Subseção V Das Obrigações Acessórias

Art. 32. O sujeito passivo por substituição deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por ele promovida, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária;
.....

A multa isolada foi corretamente majorada em 50% (cinquenta por cento) no período de 16 de maio de 2012 a 06 de outubro de 2015, e em 100% (cem por cento) no período de 07 de outubro de 2015 a 31 de dezembro de 2015, em razão da constatação de reincidências conforme determina o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75:

Art. 53. (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 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 subsequentes.

Conforme consta às fls. 41/47 e 144, foram as seguintes autuações que fundamentaram a majoração da multa isolada:

- PTA n.º 04.002232331-13: Penalidade Isolada exigida prevista no **art. 55, inciso XXXVII, da Lei n.º 6.763/75**. Data de reconhecimento da infração anterior em 16/05/12 (pagamento do crédito tributário).
- PTA n.º 04.002266211-49: Penalidade Isolada exigida prevista no **art. 55, inciso XXXVII, da Lei n.º 6.763/75**. Data de reconhecimento da infração anterior em 07/10/15 (pagamento do crédito tributário).

Não se verifica aqui a arguição de confisco na atual cobrança, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais encontra-se o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 e art. 182 da Lei n.º 6.763/75, que assim determina:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

II - a aplicação da equidade.

A teor dos dispositivos acima transcritos, resta claro que não se configura qualquer ilegalidade a cobrança das multas, nos moldes e nos valores previstos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parcialmente procedente o lançamento para que seja deduzido na apuração do ICMS/ST, em relação às mercadorias enquadradas pelo Fisco na NBM/SH 7307, o ICMS/operação própria devido para o estado de São Paulo com a aplicação da alíquota interestadual sobre o valor total das mercadorias, nos termos do disposto no art. 20, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cinara Lucchesi Vasconcelos Campos e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora