

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.973/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000647360-65
Recurso de Revisão: 40.060144453-49, 40.060144381-72
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Henkel Ltda
CNPJ: 02.777131/0026-63
Recorrida: Henkel Ltda, Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Rodrigo Corrêa Martone/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - SP

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 26/12/11. Reformada em parte a decisão anterior.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - MATERIAL DE CONSTRUÇÃO/PRODUTOS DE PAPELARIA. Constatou-se que a Recorrente/Autuada, contribuinte substituto tributário por força do disposto nos Protocolos ICMS n^{os} 32/09 e 40/09, promoveu remessas de mercadorias listadas nos itens 18 e 19 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, destinadas a contribuintes mineiros, com retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2^o, inciso I da Lei n^o 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c", da citada lei (c/c o disposto no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN), esta majorada pela constatação de reincidência conforme determina o art. 53, § 6^o e 7^o, da referida lei. Reformada, em parte, a decisão anterior, para restabelecer as exigências referentes às colas instantâneas e, ainda, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, exclui a majoração da multa isolada em virtude de revogação do item 1 do § 5^o e dos §§ 6^o e 7^o do art. 53, todos da Lei n^o 6.763/75, pela Lei n^o 22.549/17.

Recurso de Revisão 40.060144381-72 conhecido e parcialmente provido à unanimidade. Recurso de Revisão 40.060144453-49 conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, pela Recorrente/Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força dos Protocolos ICMS n^{os} 32/09 e

40/09, em relação a remessas de mercadorias para contribuintes sediados neste estado, listadas nos itens 18 (materiais de construção) e 19 (produtos de papelaria) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (conforme redação vigente no período autuado), em decorrência da formação incorreta da base de cálculo do imposto, no período de 01/07/11 a 21/12/11 (última nota fiscal autuada data de 29/12/11 - emissão).

Irregularidade apurada mediante conferência de documentos fiscais e informações fiscais (arquivos eletrônicos - SINTEGRA, SPED, NF-e) transmitidos ao Fisco pela Recorrente/Autuada.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da citada lei c/c o disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional - CTN.

A Penalidade Isolada foi majorada pela constatação de reincidência conforme determinava o art. 53, § § 6º e 7º, da Lei nº 6.763/75.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.484/17/2ª, pelo voto de qualidade, julgou quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 28/12/11. Vencidos, em parte, os Conselheiros Cindy Andrade Moraes (Revisora) e Marco Túlio da Silva, que não a reconheciam. No mérito, pelo voto de qualidade, quanto às exigências remanescentes, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências referentes às colas instantâneas. Vencidos, em parte, os Conselheiros Cindy Andrade Moraes (Revisora) e Marco Túlio da Silva, que o julgavam procedente.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, o Recurso de Revisão de fls. 412/440, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

Também, mediante declaração na decisão, a 2ª Câmara de Julgamento interpõe, de ofício, Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, são cabíveis os Recursos de Revisão interpostos.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido, interposto pela Recorrente/Autuada, devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Registra-se, também, que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Ressalta-se que os fundamentos expostos, em parte, no acórdão recorrido e no voto vencido da Conselheira Cindy Andrade Moraes foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, pela Recorrente/Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força dos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09, em relação a remessas de mercadorias para contribuintes sediados neste estado, listadas nos itens 18 (materiais de construção) e 19 (produtos de papelaria) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (conforme redação vigente no período autuado), em decorrência da formação incorreta da base de cálculo do imposto, no período de 01/07/11 a 31/12/11 (última nota fiscal autuada data de 29/12/11 - emissão).

A decisão majoritária no acórdão recorrido, quanto à prejudicial de mérito, reconheceu a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 28/12/11, com fulcro no disposto art. 150, § 4º do CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Destaca-se que este E. Conselho tem decidido reiteradamente, nesses casos, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, no qual consta que o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 3.907/12/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª e 19.626/10/3ª.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, Humberto Martins, deixou consignado o seguinte:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. 1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS

CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (76977 RS 2011/0191109-3, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DATA DE JULGAMENTO: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA).

Ainda sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA.

INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, entenderam os ilustres Julgadores que, não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011 somente expirou em 31/12/16, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a intimação do Auto de Infração em discussão ocorreu em 26/12/16.

Assim, não há que se falar em decadência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que diz respeito propriamente ao mérito, alega a Recorrente/Autuada que exerce a atividade de fabricação, comércio atacadista, importação e distribuição de canetas, colas, adesivos, selantes, produtos de higiene pessoal, perfume, cosméticos e outros produtos químicos. No caso, as mercadorias foram enviadas para os contribuintes mineiros pelo estabelecimento atacadista da Recorrente/Autuada de acordo com o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral de fls. 105.

Consta no Anexo “B” de fls. 21 a listagem dos produtos sujeitos à substituição tributária considerados na autuação e seus respectivos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09, a MVA original e a ajustada, período de vigência do percentual da MVA para cada mercadoria, a alíquota interna das mercadorias e dispositivo legal do RICMS/02 que a fundamenta.

No Anexo “E” de fls. 29/34 consta a apuração do imposto devido por produto (fls. 29/34), no Anexo “F” de fls. 35/40 consta a apuração do ICMS/ST a recolher por documento fiscal (fls. 35/40), no Anexo “G” consta memória de cálculo do ICMS (fls. 41/42), todos por amostragem, e na mídia eletrônica de fls. 52 consta tais demonstrativos na íntegra.

Importante mencionar, inicialmente, que a substituição tributária é uma técnica de arrecadação prevista pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e pelo art. 6º da LC nº 87/96, na qual o contribuinte substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o montante relativo à operação subsequente. Examine-se:

Constituição da República (CF/88)

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

(...)

§ 7º 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 nº 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 supra, que os estados possuem competência para estabelecer, mediante lei, o regime de substituição tributária em relação às mercadorias selecionadas.

Assim, devidamente autorizado, o estado de Minas Gerais instituiu o regime em comento por meio do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

I - alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria, ou do destinatário ou do usuário do serviço;

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

A responsabilidade da Recorrente/Autuada em relação ao recolhimento do ICMS/ST tem previsão no art. 12 c/c o art. 13, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em função da atribuição originária da responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, das mercadorias constantes nos protocolos entabulados entre os estados de São Paulo e Minas Gerais. Confira-se:

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.

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

Art. 13. A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se também ao remetente não-industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, que realizar operação interestadual para destinatário situado neste Estado, ainda que o imposto tenha sido retido anteriormente para outra unidade da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nos termos do art. 12 c/c o art. 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, o estabelecimento industrial ou o remetente não industrial situado em unidade da Federação com a qual 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.

No caso em análise, verificou-se que a Recorrente/Autuada, contribuinte substituto tributário por supostamente enquadrar nos Protocolos ICMS n°s 32/09 e 40/09, revendeu para seus clientes sediados neste estado mercadorias sujeitas à substituição tributária (listadas nos itens 18 e 19 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), sendo contribuinte responsável pelo imposto devido pelas operações subsequentes com tais mercadorias quando destinadas a contribuintes mineiros (substituídos).

Para apuração do ICMS/ST ora exigido, em relação às operações autuadas, a Fiscalização corretamente observou as disposições previstas na legislação mineira para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme o disposto na alínea “b”, item 3, c/c o § 5° do art. 19 e art. 20 (para apuração do ICMS/ST devido), ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou

Efeitos de 12/08/11 a 31/12/15

“3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquias 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 §§ 5° a 8° deste artigo;” (...).

Efeitos de 1°/01/2013 a 31/12/2015

“§ 5° 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 = $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ", onde:"

(...)

Efeitos de 1º/01/2012 a 31/12/2012

"§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas nos itens 4 a 8, 10, 11, 14, 15, 17 a 24, 29 a 32, 36, 39, 41 e 43 a 51 da 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 = $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ", onde:"

(...)

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

I - em relação às operações subseqüentes, 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;

(...)

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

RICMS/02

CAPÍTULO VII Da Alíquota

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Importante destacar que, visando equalizar o montante do imposto e, conseqüentemente, o preço final de mercadoria adquirida internamente com o preço de fornecedores de outros estados estabeleceu-se a Margem de Valor Agregado (MVA) ajustada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, o remetente, sujeito passivo por substituição tributária, deverá observar, para efeitos de apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, o disposto no § 5º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, ajustando a MVA nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas nos itens 18 e 19, dentre outros, da Parte 2 desse Anexo, quando a alíquota interna estabelecida no art. 42 do mesmo Regulamento for superior à interestadual.

Tal ajuste da MVA encontrava-se previsto nos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09, no período autuado. Confira-se:

Protocolo ICMS nº 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 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:

(...)

Protocolo ICMS nº 40/09

Efeitos a partir de 01.07.12.

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+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1", onde:

(...)

Redação original, efeitos até 30.06.12.

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente.

Redação anterior dada ao § 1º da cláusula terceira pelo Prot. ICMS 147/09, efeitos de 01.11.09 a 30.06.12.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o *caput*, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo 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 valor agregado ajustada ("**MVA Ajustada**"), calculado segundo a fórmula "MVA ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] - 1", onde:

(...)

O ICMS/ST, ora exigido, é a diferença do ICMS/ST apurado pela Fiscalização e o destacado pela Recorrente/Autuada nas notas fiscais emitidas.

Verifica-se que a discussão em exame gira em torno do enquadramento das mercadorias, objeto da exigência, nos itens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e nos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09, e da utilização da MVA ajustada na formação da base de cálculo do ICMS/ST.

Alega a Recorrente/Autuada que sempre cumpriu suas obrigações fiscais, sendo surpreendida com a lavratura do Auto de Infração pelo suposto recolhimento a menor de ICMS/ST, em virtude da falta de aplicação de ajuste na Margem de Valor Agregado (MVA) quando da apuração do imposto em relação às operações autuadas, na forma dos itens 18 e 19, Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02.

Advoga que o Protocolo ICMS nº 32/09 não atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST aos contribuintes que comercializam colas instantâneas.

Defende que para a cobrança do ICMS/ST é indispensável que o produto esteja especificado e codificado na legislação de regência, e que a menção genérica não atende aos dispositivos da LC nº 87/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui que a exigência deste Auto de Infração viola o princípio da tipicidade cerrada e da legalidade, o disposto no art. 6º, § 2º, da LC nº 87/96, assim como o art. 150, inciso I, da CF/88 e o art. 97, inciso I, do CTN.

Defende que as mercadorias por ela comercializadas sempre estiveram sujeitas às regras do Convênio ICMS nº 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química e que as mercadorias com NCM 3506 estão previstas no referido convênio.

Destaca que o RICMS/02 previa a incidência do ICMS/ST com MVA no percentual de 35% (trinta e cinco por cento) nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, conforme item 11 do Anexo XV do RICMS/02.

Repisa que atua no setor de produtos químicos e que suas operações devem estar sujeitas à legislação específica do setor, no seu entender, o Convênio ICMS nº 74/94 e item 11.6 do Decreto Estadual nº 45.531/11.

Importante mencionar que foi apresentada, em sede de impugnação, lista com a descrição detalhada dos produtos autuados (doc. nº 5 – fls. 168/175), bem como informações técnicas com intuito de demonstrar que as mercadorias comercializadas não são empregadas exclusivamente no setor de construção, mas que possuem aplicação industrial ou geral (doc. nº 6 – fls. 176/251).

Sustenta que, apesar de não haver hierarquia entre convênios e protocolos de ICMS, estes últimos possuem aplicação mais restrita, aplicando-se a dois ou mais estados.

Diz que a celebração de protocolo ICMS não possui o efeito de denúncia do convênio ICMS, ou seja, as colas e adesivos previstos na NCM 3506 (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida das posições 3506.10.90 e 3506.9190) deverão se submeter aos dispositivos do Convênio ICMS nº 74/94.

Entretanto, 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.

O caso em questão envolve operações interestaduais, então, tem-se que a Recorrente/Autuada é contribuinte substituto tributário por força dos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09 firmados entre os estados de São Paulo e de Minas Gerais.

Restou estabelecido no § 3º do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 que a denominação (título) de cada item da Parte 2 é irrelevante para definir os efeitos tributários da norma, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias, sendo irrelevante a destinação a elas dada, a saber:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária, nas remessas das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária 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.

(...)

§ 3º As denominações dos capítulos da Parte 2 deste Anexo são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas a substituição tributária. (Grifou-se)

Como se verifica, 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 do RICMS/02.

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 para estabelecimento de contribuinte deste Estado, a Recorrente/Autuada é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, por força do disposto nos arts. 12 e 13, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02 e na Cláusulas primeiras dos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 40/09.

No tocante à alegação de que o Protocolo ICMS nº 32/09 não atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST aos contribuintes que comercializam colas instantâneas, vale destacar que 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 nº 81, de 10 de setembro de 1993, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária. Confira-se:

Cláusula oitava O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Nesse sentido, em relação à mercadoria em discussão (colas instantâneas), prevê o Anexo único do Protocolo ICMS nº 32/09:

(...)

2.	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar
----	-------	--

Contudo, consta na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (no período autuado e em data posterior a este) o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

18. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, ACABAMENTO, BRICOLAGEM OU ADORNO

18.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária

Interno e nas seguintes unidades da Federação: Amapá (Protocolo ICMS 196/09), Bahia (Protocolo ICMS 26/10), Espírito Santo (Protocolo ICMS 26/10), Paraná (Protocolo ICMS 196/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 196/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 196/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 196/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 32/09).

(...)

Efeitos de 1º/11/2015 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 46.843, de 28/09/2015:

18.1.2	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar	50
--------	-------	---	----

Efeitos de 1º/03/2013 a 31/10/2015 - Redação dada pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 5º, II, ambos do Dec. nº 46.137, de 21/01/2013:

18.1.2		Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kg	
--------	--	--	--

Efeitos de 1º/03/2011 a 28/02/2013 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.531, de 21/01/2011:

18.1.2	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kg	48,02
--------	-------	--	-------

Constata-se que o legislador mineiro não recepcionou a ressalva constante do Protocolo ICMS nº 32/09, quanto às colas instantâneas, no período autuado (01/01/12 a 31/10/15). Tal ressalva foi incorporada na legislação deste estado, a partir 01/11/15.

Nesse diapasão, é importante destacar que os convênios e protocolos que tratam de substituição tributária, necessitam de regulamentação pelo poder executivo de cada estado, produzindo efeitos no momento e na forma em que suas disposições são incorporadas pela legislação estadual, que detém a competência legislativa para tanto, de acordo com a Cláusula oitava do Convênio ICMS nº 81/93.

Ex vi legis, a Recorrente/Autuada observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria, sendo, portanto, aplicável a substituição tributária no tocante às colas instantâneas, nos termos do disposto no referido subitem 18.1, da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02.

Cabe neste ponto, uma análise da legislação e suas alterações pertinentes à discussão posta.

De acordo com a cronologia da legislação, a exigência do ICMS/ST referente aos produtos constantes do presente lançamento, deu-se, inicialmente, até 31/10/09, com fulcro no Convênio ICMS nº 74/94 c/c o item 11 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, pois, até então, a descrição nesse item era genérica (conforme a

TIPI) e, assim, alcançava todos os produtos com a NCM 3506. Todavia, a partir de 01/11/09, com o advento do Decreto nº 45.192 de 13/10/09, os produtos “colas ou adesivos” com NCM 3506 e peso não superior a 1 kg, foram enquadrados no item 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e excluídos do item 11 do mesmo dispositivo legal.

Cumprе ressaltar que o período autuado tem início em janeiro de 2012, de forma que as alterações anteriores, ocorridas na legislação, não são relevantes para o deslinde desta contenda tributária, mas são importantes para demonstrar a evolução da legislação ao longo do tempo.

Nesse sentido, o Acórdão nº 20.412/14/2ª deste Conselho de Contribuintes é bastante esclarecedor, uma vez que em seu bojo consta a forma cronológica como o Fisco mineiro elencou as mudanças ocorridas na legislação mineira pertinente à hipótese em exame, a saber:

PARA FACILITAR A ANÁLISE E O ENTENDIMENTO DO TRABALHO, O FISCO ELENCOU DE FORMA CRONOLÓGICA, AS MUDANÇAS OCORRIDAS NA LEGISLAÇÃO MINEIRA E NÃO OBSERVADAS PELA AUTUADA.

ATÉ 31/10/09, O PRODUTO COMERCIALIZADO PELA AUTUADA, CUJA NCM É 3506.10.90, ENQUADRAVA-SE NO SUBITEM 11.6 DO ITEM 11 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, QUE ASSIM ESTABELECEIA:

11. TINTAS, VERNIZES E OUTRAS MERCADORIAS DA INDÚSTRIA QUÍMICA

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNO E NAS SEGUINTE UNIDADES DA FEDERAÇÃO:

ACRE, ALAGOAS, AMAPÁ, AMAZONAS, BAHIA, CEARÁ, DISTRITO FEDERAL, ESPÍRITO SANTO, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, PARÁ, PARAÍBA, PARANÁ, PERNAMBUCO, PIAUÍ, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO NORTE, RIO GRANDE DO SUL, RONDÔNIA, RORAIMA, SANTA CATARINA, SÃO PAULO, SERGIPE E TOCANTINS (CONVÊNIO ICMS 74/94)

EFEITOS DE 1º/01/2009 A 31/10/2009 - REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º, X, E VIGÊNCIA ESTABELECIDADA PELO ART. 3º, III, “D”, AMBOS DO DEC. Nº 44.995, DE 30/12/2008:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)
11.6	27.07	Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos	35
	27.13		
	27.14		
	2715.00.00		
	32.14		
	35.06		
	38.08		
	38.24		
	39.07		
	39.10		
	68.07		

PORÉM, O DECRETO Nº 45.192 DE 13/10/09 TRANSFERIU PARA O SUBITEM 18.1.72 DO ITEM 18 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, OS PRODUTOS COM NCM 3506 COM A SEGUINTE DESCRIÇÃO: "PRODUTOS DE QUALQUER ESPÉCIE UTILIZADOS COMO COLAS OU ADESIVOS, ACONDICIONADOS PARA VENDA A RETALHO COMO COLAS OU ADESIVOS, COM PESO LÍQUIDO NÃO SUPERIOR A 1 KG, EXCETO COLA BASTÃO, COLA INSTANTÂNEA E COLA BRANCA ESCOLAR".

CONVERTENDO A REDAÇÃO DO SUBITEM 11.6, PARA:

11.			
11.6	35.06	Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos, exceto os produtos relacionados nos subitens 18.1.2 e 18.1.72	35
	38.08		
	38.24		
	39.07		
	39.10		
	68.07		

DESSA FORMA, OS PRODUTOS SOB ENFOQUE TIVERAM SUA BASE DE REFERÊNCIA ALTERADA, PASSANDO A PARTIR DE 01/11/09, A RESPEITAR O QUE SEGUE:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

18.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Interno e nos Estados do Maranhão (Protocolo ICMS 130/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 52/09) e de São Paulo (Protocolo ICMS 32/09)			
(...)	(...)	(...)	(...)
18.1.72	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar	48,02

INFERE-SE DO DEMONSTRADO, QUE OS PRODUTOS COM A NCM 3506 ENQUADRADOS NO SUBITEM 18.1.72 DO ITEM 18 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02 FORAM EXCLUÍDOS DO SUBITEM 11.6 DO ITEM 11 DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL.

COMO TODOS OS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA AUTUADA COM A NCM 3506.10.90 POSSUÍAM EMBALAGENS COM PESO INFERIOR A 1 KG, COMPROVADO NAS PLANILHAS DE "REGRAS" E "MVA" CONSTANTES NO CD-R, ÀS FLS. 28, BEM COMO NA CÓPIA IMPRESSA ÀS FLS. 35/38, E POR FORÇA DO REGIME ESPECIAL VIGENTE À ÉPOCA, A EMPRESA ESTAVA RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E PELO RECOLHIMENTO DO ICMS/ST DEVIDO AO ESTADO DE MINAS GERAIS, NO CASO, O CORRETO SERIA TER ADOTADO AQUELA MARGEM DE VALOR AGREGADO.

ENTRETANTO, A EMPRESA IGNOROU AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO MINEIRA E CONTINUOU UTILIZANDO A MVA INDICADA NO SUBITEM 11.6 DO ITEM 11 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02.

ALÉM DISSO, EM 11 DE DEZEMBRO DE 2009, OS ESTADOS DE MINAS GERAIS E SANTA CATARINA ASSINARAM O PROTOCOLO ICMS Nº 196/09 RATIFICANDO A ALTERAÇÃO DA MVA PARA O PRODUTO COM NCM 3506, SURGINDO O DECRETO Nº 45.306, DE 11/02/10, PARA SELAR O ACORDO CELEBRADO ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS, ASSIM DISPONDO:

DECRETO Nº 45.306, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010

ART. 1º - A PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS PASSA A

VIGORAR COM AS SEGUINTEs ALTERAÇÕES:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

18.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Interno e nas seguintes unidades da Federação: Bahia (Protocolo ICMS 26/10), Maranhão (Protocolo ICMS 130/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 176/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 196/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 32/09).			
18.1.72	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kg	48,02

Art. 2º Este Decreto entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao de sua publicação (Grifou-se)

EM 21/09/11, FOI PUBLICADO O DECRETO Nº 45.531, COM A MUDANÇA DA NCM 3506 DO SUBITEM 18.1.72 PARA O SUBITEM 18.1.2, PERMANECENDO NO MESMO ITEM 18 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, COM A MESMA DESCRIÇÃO E COM A MESMA MVA.

...

EM 21/01/13, O ESTADO DE MINAS GERAIS PUBLICOU O DECRETO Nº 46.137, ALTERANDO A MVA DO PRODUTO EM PAUTA E ASSIM DETERMINOU:

“DECRETO Nº 46.137, DE 21 DE JANEIRO DE 2013

(...)

ART. 4º OS ITENS ABAIXO RELACIONADOS DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS PASSAM A VIGORAR COM AS SEGUINTE ALTERAÇÕES:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

18. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, ACABAMENTO, BRICOLAGEM OU ADORNO			
18.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Interno e nas seguintes unidades da Federação: Amapá (Protocolo ICMS 196/09), Bahia (Protocolo ICMS 26/10), Espírito Santo (Protocolo ICMS 26/10), Paraná (Protocolo ICMS 196/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 196/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 196/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 196/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 32/09).			
Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA(%)
18.1.2	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kg	50

ART. 5º ESTE DECRETO ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO, PRODUZINDO EFEITOS:

(...)

II - NO PRIMEIRO DIA DO SEGUNDO MÊS SUBSEQUENTE AO DE SUA PUBLICAÇÃO, RELATIVAMENTE AO ART. 4º DESTE DECRETO.

Destaca-se, ainda, sobre a discussão posta, as seguintes observações constantes da manifestação fiscal:

“Ao contrário do que argumenta a Impugnante, parte das mercadorias comercializadas estão sujeitas às disposições do Protocolo ICMS 32/09 (dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno) e não mais às regras do Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química.

Isto porque o Convênio ICMS 74/94, no que tange aos produtos em comento, teve sua redação alterada pelo Convênio ICMS 168/10, a saber:

ANEXO CONV. ICMS 74/94

(Nova redação dada ao Anexo pelo Conv. ICMS 104/08, efeitos a partir de 1º/01/09)

VI	Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190) e adesivos. (Nova redação dada pelo Conv. ICMS 168/10)	2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807
----	--	--

Portanto, equivocou-se a Impugnante ao argumentar que as mercadorias por ela comercializadas sempre estiveram sujeitas às regras do Convênio ICMS nº 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, pois como restou acima demonstrado tal afirmação, a partir da alteração promovida pelo Convênio ICMS nº 168/10, não vale mais para cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190.

Em nada altera o feito fiscal a alegação da Defesa de que o RICMS/02 previa a incidência do ICMS/ST com MVA de 35% (trinta e cinco por cento) nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, conforme item 11 do Anexo XV do RICMS/02, na medida em que há produtos remetidos pela Impugnante que são enquadrados em outros itens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS aos quais deve ser aplicada a MVA definida no item respectivo, sem prejuízo de proceder ao ajuste da MVA, quando necessário.

No que tange ao seu desiderato de ver transformado o feito fiscal, é rudimentar e singela a alegação da Impugnante de que atua no setor de produtos químicos e que, ipso facto, suas operações devem estar sujeitas à legislação específica do setor, ou seja, Convênio 74/94 e item 11.6 do Decreto Estadual nº 45.531/11. Isto porque, consoante mencionado anteriormente e no parágrafo seguinte detalhado, aplica-se o ICMS/ST em relação a qualquer produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS, desde que integre a respectiva descrição.

A lista anexada pela Impugnante à impugnação com a descrição detalhada dos produtos (doc. nº 5) e com informações técnicas que demonstram que as mercadorias comercializadas não são empregadas exclusivamente no setor de construção, mas que possuem aplicação industrial ou geral (doc. nº 6) em nada altera a exigência fiscal, porquanto, consoante mencionado, a denominação (título) de cada item da Parte 2 é irrelevante para definir os efeitos tributários da norma, visando a meramente facilitar a identificação das mercadorias, sendo irrelevante a destinação a elas dada. 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. Repisa-se que, 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 regime da substituição tributária.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à alegação da Recorrente/Autuada acerca da utilização, pelo Fisco mineiro, de redação “genérica”, ao incluir operações com colas instantâneas no item 18.1 do Anexo XV do RICMS/02, vale destacar que a descrição das mercadorias constantes do mencionado subitem, encontra-se de acordo com a redação constante da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI). Examine-se:

TIPI:

NCM	DESCRIÇÃO	ALÍQUOTA (%)
3505.10.00	- Dextrina e outros amidos e féculas modificados	0
3505.20.00	- Colas	0
35.06	Colas e outros adesivos preparados, não especificados nem compreendidos noutras posições; produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, de peso líquido não superior a 1 kg.	

(...)

Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02:

18.1.2	35.06	Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kg	48,02
--------	-------	--	-------

Registra-se que o Regulamento do ICMS deste estado, adota o sistema NBM/SH em sua legislação para definição de regimes de substituição tributária, e nos termos do art. 3º do Decreto Federal nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, a NBM é constituída pela Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM:

Art. 3º A NCM constitui a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias baseada no Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias - NBM/SH para todos os efeitos previstos no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.154, de 1º de março de 1971.

Portanto, equivocou-se a Recorrente/Autuada ao sustentar ofensa à LC nº 87/96 e aos princípios da tipicidade cerrada/legalidade, dentre outros, uma vez que a descrição das mercadorias constantes da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02, encontra-se de acordo com a TIPI.

Assim sendo, a autuação fiscal encontra-se devidamente fundamentada na legislação tributária, não havendo qualquer ilegalidade

Noutra toada, a Recorrente/Autuada alega que o estado de Minas Gerais não efetuou o levantamento de preços conforme exigido pela Lei Complementar nº 87/96, que determina que, para efeitos de substituição tributária, a margem do valor agregado será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por meio de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação serem definidos em lei.

Afirma que a aplicação dos percentuais de MVA apresentados nos itens 18 e 19 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, sem a realização da pesquisa de mercado

por parte do Fisco Estadual, está dissociada da realidade dos fatos. Diz que a antecipação do ICMS deve ser feita com base em critério que reflita, da forma mais próxima possível o preço final da mercadoria.

Entretanto, tais argumentos não condizem com a realidade, visto que para a definição da MVA o estado observa todos os critérios estabelecidos na legislação.

Cabe ressaltar que a margem de valor agregado, encontra-se prevista no art. 8º, inciso II, alínea “c”, da LC nº 87/96, e seu § 4º informa como esta será estabelecida:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

(...)

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

Nesse sentido, o Convênio ICMS nº 70/97, que trata da fixação da margem de valor agregado (MVA), em sua cláusula quarta, cita os critérios a serem observados, pelas unidades federadas e pelas entidades representativas do setor envolvido, na definição da metodologia da pesquisa a ser efetuada.

Cláusula primeira

A fixação da margem de valor agregado para determinar a base de cálculo do ICMS incidente nas operações subsequentes com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária atenderá ao disposto neste Convênio.

Cláusula segunda

Identificado, pelas unidades federadas interessadas, o produto que se pretende colocar sob o regime de substituição tributária pelas operações subsequentes, a Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS convocará as

entidades representativas do setor envolvido na produção e comercialização daquele produto, a fim de que apresentem a margem de valor agregado sugerida a ser utilizada na composição da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, bem como as informações que julgaram pertinentes para justificar a sua sugestão.

§ 1º O ato convocatório determinará prazo para a apresentação da margem sugerida e das informações.

§ 2º Poderá ser exigido que as informações apresentadas estejam acompanhadas de confirmação de instituto, órgão ou entidade de pesquisa de reputação idônea, desvinculado da entidade representativa do setor quanto a fidelidade das respectivas informações.

Cláusula terceira

Recebidas as informações, as unidades federadas procederão sua análise e se as aceitarem, adotarão medidas necessárias à fixação da base de cálculo do ICMS para efeito da substituição tributária.

§ 1º Havendo discordância em relação à margem sugerida, as unidades federadas darão conhecimento às entidades representativas do setor, apontando os motivos da rejeição, apresentando as pesquisas pelas mesmas efetuadas, com a respectiva sistemática aplicada, para que o setor se manifeste, em prazo não superior a 15 (quinze) dias contados da data da ciência.

§ 2º Decorrido o prazo fixado no parágrafo anterior sem que tenha havido manifestação das entidades representativas do setor, presumem-se aceitas as razões das unidades federadas, que prosseguirão na implementação das medidas necessárias à fixação da margem de valor agregado por elas apurada.

§ 3º As unidades federadas também adotarão as medidas necessárias à implementação da substituição tributária, com a aplicação da margem de agregação por elas apurada, quando as informações não forem apresentadas pelas entidades representativas do setor, no prazo a que se refere o § 1º da cláusula segunda.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também quando não aceitas as informações apresentadas pelas entidades, após a avaliação da manifestação recebida no prazo constante do § 1º desta cláusula.

Cláusula quarta

Na definição da metodologia da pesquisa a ser efetuada pelas unidades federadas e pelas entidades representativas do setor envolvido,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para fixação da margem de valor agregado, deverão ser observados os seguintes critérios, dentre outros que poderão ser necessários face à peculiaridade do produto:

I - identificação do produto, observando suas características particulares, tais como: tipo, espécie e unidade de medida;

II - preço de venda à vista no estabelecimento fabricante ou importador, incluindo o IPI, frete, seguro, e demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;

III - preço de venda à vista no estabelecimento atacadista, incluindo o frete, seguro e demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;

IV - preço de venda a vista no varejo, incluindo o frete, seguro e demais despesas cobradas do adquirente;

V - não serão considerados os preços de promoção, bem como aqueles submetidos a qualquer tipo de comercialização privilegiada.

§ 1º A pesquisa efetivar-se-á por levantamento a ser realizado pelo sistema de amostragem nos setores envolvidos.

§ 2º A pesquisa, sempre que possível, considerará o preço de mercadoria cuja venda no varejo tenha ocorrido em período inferior a 30 dias após a sua saída do estabelecimento fabricante, importador ou atacadista.

§ 3º As informações resultantes da pesquisa deverão conter os dados cadastrais dos estabelecimentos pesquisados, as respectivas datas das coletas de preços e demais elementos suficientes para demonstrar a veracidade dos valores obtidos.

Conforme disposto nos §§ 1º e 3º da referida Cláusula quarta, a pesquisa será efetivada por levantamento a ser realizado pelo sistema de amostragem nos setores envolvidos e as informações resultantes desta deverão conter os dados cadastrais dos estabelecimentos pesquisados, as respectivas datas das coletas de preços e demais elementos suficientes para demonstrar a veracidade dos valores obtidos.

Verifica-se da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 70/97 que todas as unidades federadas interessadas, por meio da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS participam da definição da MVA, mediante a convocação das entidades representativas do setor envolvido na produção e comercialização do produto em questão, a fim de que apresentem a margem de valor agregado sugerida a ser utilizada na composição da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, bem como as informações que julgaram pertinentes para justificar a sua sugestão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, corretas, as exigências fiscais de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da referida lei:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Entretanto, com relação à penalidade por descumprimento da obrigação acessória, assiste em parte, razão à Recorrente/Autuada e deve ser excluída a majoração da Multa Isolada, em virtude de revogação do item 1 do § 5º e dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75, pela Lei nº 22.549/17.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Recorrente/Autuada, no que diz respeito ao amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 100% (cem por cento) prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS/ST efetuado pela Recorrente/Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória de informar a base de cálculo do ICMS/ST de acordo com a legislação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO-FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à Penalidade prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da mencionada lei.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

No que tange ao pedido de relevação da multa isolada, com a aplicação do disposto no art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75, vale destacar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

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

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Recorrente/Aututada, cumpre frisar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Da mesma forma, sobre a alegação defensiva de que as multas são confiscatórias, vale destacar que a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao CC/MG negar aplicação de dispositivo legal, conforme mencionado.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060144381-72 - Henkel Ltda, à unanimidade, em lhe dar provimento parcial para, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, excluir a majoração da multa isolada em virtude de revogação do item 1 do § 5º e dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75, pela Lei nº 22.549/17. Quanto ao Recurso nº 40.060144453-49 - 2ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, em lhe dar provimento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que lhe negava provimento, nos termos do acórdão recorrido. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Flávio Aguilhar Alvarenga Amorim e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 10 de novembro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator

P