

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.392/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002678390-12
Impugnação: 40.010155403-08
Impugnante: Himaflex Indústria e Comércio de Plásticos Ltda
CNPJ: 07.335416/0001-00
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – Constatado que o Sujeito Passivo por substituição tributária domiciliado em outra unidade da Federação deixou de inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste estado de Minas Gerais. Infração caracterizada nos termos do art. 40 da Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02 c/c art. 5º da Portaria SRE nº 055/08. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em Guaratinguetá/SP que, por força do Protocolo ICMS nº 41/08, está obrigada a retê-lo e recolhê-lo na saída de tubos e seus acessórios de plástico, classificados na NCM/SH 39.17 (item 2 do Anexo Único) e, por força do Protocolo ICMS nº 32/09, igualmente na saída de tubos, e seus acessórios de plásticos, para uso na construção civil, classificados na NCM/SH 39.17 (item 4 do Anexo Único vigente à época dos fatos geradores), para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII, sendo esta submetida ao limitador do § 2º, inciso I deste último artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em Guaratinguetá/SP que, por força do Protocolo ICMS nº 32/09, está obrigada a retê-lo e recolhê-lo na saída de tubos, e seus acessórios de plásticos, para uso na construção civil, classificados na NCM/SH 39.17 (item 4 do Anexo Único vigente à época dos fatos geradores), para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multas Isoladas capituladas no art. 55, inciso VII, alínea “c”, sendo esta submetida ao limitador do § 2º, inciso I deste último artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A presente autuação trata da constatação de recolhimento a menor, bem como não recolhimento do ICMS substituição tributária, na venda de mercadorias relacionadas nos capítulos 1 e 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, classificadas nos CESTs 01.002.00 (autopeças) e 10.006.00 (materiais de construção e congêneres).

A verificação fiscal foi feita a partir da análise das notas fiscais eletrônicas de saída emitidas pela Contribuinte, em operações interestaduais com destino a contribuintes mineiros, resultando na identificação de irregularidades no período autuado de 01/05/18 a 31/12/21.

Foi constatada também a falta de inscrição da Autuada junto ao cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais.

São exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação prevista no art. 56 inciso II c/c § 2º, inciso I, a Multa Isolada capitulada no art. 54 inciso I, bem como as Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c” (retenção a menor) e no art. 55, inciso XXXVII (falta de retenção), estas duas últimas sendo submetidas ao limitador do § 2º, inciso I do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização encaminhou ao Contribuinte um Termo de Intimação para que este apresentasse esclarecimentos e comprovações da regularidade das operações objeto do presente PTA. Cópia do referido termo encontra-se no CD de fls. 13.

Na falta de uma resposta à intimação, foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000043920-67, o qual foi cientificado à empresa em 17/10/22, conforme documentos às fls. 02/03.

Constam anexados à peça fiscal os seguintes documentos:

- Relatório Fiscal Complementar, às fls. 10/12;
- CD de fls. 13, contendo arquivo Excel denominado “HIMAFLEX - INTIMAÇÃO - ICMS ST CALCULADO X DESTACADO - RETIFICADO (1)”, onde se encontram as seguintes planilhas:

A - Intimação realizada por e-mail para o contribuinte;

B - Dados Gerais da NFE;

C - Detalhamento da NFE;

D - Cálculo ICMS-ST;

E - Demonstrativo do Crédito Tributário para as duas situações da autuação: recolhimento a menor e falta de recolhimento do ICMS/ST.

A Autuada foi cientificada da emissão do Auto de Infração, acompanhado Relatório Fiscal Complementar e de cópia do referido CD, em 14/12/22, conforme documento às fls. 14/15.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e através de seu representante legal, sua Impugnação, às fls. 18. Conclui, pedindo pela procedência da Impugnação.

Anexa aos autos documentos que se encontram às fls. 19/146.

Entre eles, constam, em especial:

- às fls. 46/48, resposta à Consulta Tributária nº 17283/2018 feita junto à Secretaria de Fazenda do estado de São Paulo;

- às fls. 49/79, documento denominado “Parecer jurídico ST”, apresentado a partir de suas fls. 09 a 39 (indicação ao pé da folha);

- às fls. 80/105, Catálogo de Produtos Himaflex;

- às fls. 106/145, grupo de planilhas onde a Impugnante faz um resumo dos produtos autuados, distinguindo-os da seguinte forma:

A - produtos para os quais entende haver justificativa para a não ocorrência da substituição tributária, por não serem destinados a material de construção ou autopeças (fls. 106/121);

B - produtos destinados a fabricante e, por isto, alheios à sistemática da substituição tributária (fls. 122);

C - produtos para os quais houve, de sua parte, cálculo incorreto do ICMS/ST recolhido, onde a Impugnante reconhece que não utilizou a MVA Ajustada (fls. 123/145);

- às fls. 146, pendrive onde constam reproduzidos magneticamente os documentos apresentados pela Defesa em papel.

A Fiscalização vem, então, aos autos, para em sua Manifestação Fiscal, de fls. 148/153, refutar os argumentos da Defesa.

DECISÃO

Do Mérito

A presente autuação trata da constatação de recolhimento a menor, bem como não recolhimento do ICMS substituição tributária, na venda de mercadorias relacionadas nos capítulos 1 e 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, classificadas nos CESTs 01.002.00 (autopeças) e 10.006.00 (materiais de construção e congêneres).

A Autuada é empresa localizada no município de Guaratinguetá/SP. Seu objeto social é a fabricação e comércio de artefatos de material plástico para uso industrial, na construção civil e outros usos, comércio atacadista de material de construção hidráulico, elétrico e outros, conforme Contrato Social às fls. 20/23.

A verificação fiscal foi feita a partir da análise das notas fiscais eletrônicas de saída emitidas pelo Contribuinte, em operações interestaduais com destino a contribuintes mineiros, resultando na identificação de irregularidades no período autuado de 01/05/18 a 31/12/21.

Foi constatada também a falta de inscrição da Autuada junto ao cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais.

São exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação prevista no art. 56 inciso II c/c § 2º, inciso I, a Multa Isolada capitulada no art. 54 inciso I, bem como as Multas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isoladas previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c” (retenção a menor) e no art. 55, inciso XXXVII (falta de retenção), estas duas últimas sendo submetidas ao limitador do § 2º, inciso I do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75.

O art. 22 da Lei nº 6.763/75 dispõe sobre as hipóteses em que ocorre a substituição tributária, entre as quais se encontra a hipótese descrita no inciso II deste artigo, em que fica sob a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria o recolhimento do imposto devido pelo adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes.

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

(...)

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

(...)

§ 3º Caso o responsável esteja situado em outra unidade da Federação, a substituição dependerá de acordo entre os Estados envolvidos.

(...)

O disposto na referida lei estadual foi regulamentado pelo RICMS/02, em seus arts. 12, 12-A e 12-B, que assim dispõem:

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 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 subseqüentes.

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

I - Capítulo 1: Autopeças;

(...)

X - Capítulo 10: Materiais de Construção e Congêneres;

(...)

§ 3º O regime de substituição tributária alcança somente as mercadorias constantes dos itens vinculados aos respectivos capítulos nos quais estão inseridas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12-A. As mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária relativo às operações subsequentes são todas as mercadorias relacionadas na Parte 2 deste anexo, nos termos do Convênio ICMS 142, de 14 de dezembro de 2018

Art. 12-B. As mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relativo às operações subsequentes neste Estado são apenas aquelas para as quais foi instituído tal regime, conforme o âmbito de aplicação constante da Parte 2 deste Anexo.

Como se observa na Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, há previsão para se exigir o recolhimento do ICMS/ST para as mercadorias classificadas na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado (NCM/SH) 3917, tanto no Capítulo 1 de Autopeças (CEST 01.002.00), quanto no Capítulo 10 de Materiais de Construção e Congêneres (CEST 10.0006.00). Veja-se:

PARTE 2

DAS MERCADORIAS PASSÍVEIS DE SUJEIÇÃO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

1. AUTOPEÇAS

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

1.1 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Roraima e São Paulo (Protocolo ICMS 41/08).

* observar o disposto no art. 58 da Parte 1 deste Anexo

Efeitos de 1º/01/2018 a 31/03/2020 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.328, de 29/12/2017:

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

1.1 Interno e nas seguintes unidades da Federação: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina e São Paulo (Protocolo ICMS 41/08).

* observar o disposto no art. 58 da Parte 1 deste Anexo

1.2 Interno

ITEM	CEST	NBM/SH	DESCRIÇÃO	ÂMBITO DE APLICAÇÃO	MVA (%)
2.0	01.002.00	3917	Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos	1.1	71,78

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

10.MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

10.1 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) e São Paulo (Protocolo ICMS 32/09)

* Relativamente ao Estado de São Paulo, o âmbito de aplicação dos produtos constantes dos itens 25.0, 26.0, 28.0 e 29.0 é 10.4

Efeitos de 1º/02/2017 a 30/04/2019 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo inciso V do art. 27, ambos do Dec. nº 47.141, de 25/01/2017:

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária:

10.1 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)

* Relativamente ao Estado de São Paulo, o âmbito de aplicação dos produtos constantes dos itens 25.0, 26.0, 28.0 e 29.0 é 10.4

(...)

10.4 Interno

ITEM	CEST	NBM/SH	DESCRIÇÃO	ÂMBITO DE APLICAÇÃO	MVA (%)
6.0	10.006.00	3917	Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção	10.1 10.2	35

Como referido no Capítulo 1, da Parte 2, do Anexo XV do RICMS/02, o Protocolo ICMS nº 41/08, firmado por doze estados e o Distrito Federal, constando entre eles Minas Gerais e São Paulo, dispõe que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na 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 ICMS relativo às operações subsequentes.

A seguir, são transcritas as cláusulas atinentes ao caso em análise:

PROTOCOLO ICMS 41, DE 4 DE ABRIL DE 2008

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Os Estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e o Distrito Federal, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e Gerente de Receita, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e no art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, resolvem celebrar o seguinte

PROTOCOLO

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 83/08, efeitos a partir de 01.11.08 até 31.01.23.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.

Redação anterior dada ao § 1º da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 5/11, efeitos a partir de 01.05.11 até 31.01.23, para os Estados signatários e da data prevista em ato do Poder Executivo para o Distrito Federal.

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

O Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/08 foi revogado pelo Protocolo ICMS nº 95/22, com efeitos a partir de 01/02/23.

Contudo, no período de ocorrência dos fatos geradores, a redação do referido Anexo Único trazia, no item 2, os “tubos e seus acessórios (por exemplo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos”, classificados na NCM/SH 39.17, como abaixo se verifica:

Acrescido o Anexo Único pelo Prot. ICMS 49/08, produzindo efeitos a partir de 01.06.08 até 31/01/23

ANEXO ÚNICO

ITEM	DESCRIÇÃO	NCM/SH
2	Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos	39.17

Já como referido no Capítulo 10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, o Protocolo ICMS nº 32/09, firmado entre os estados de Minas Gerais e São Paulo, dispõe que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na 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 ICMS relativo às operações subsequentes.

A seguir, são transcritas as cláusulas atinentes ao caso em análise:

PROTOCOLO ICMS 32, DE 5 DE JUNHO DE 2009

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

Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Belo Horizonte, no dia 5 de junho de 2009, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Entre as mercadorias listadas no Anexo Único encontram-se, no item 4, “tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil”, classificados na NCM/SH 39.17. Veja-se:

ANEXO ÚNICO

ITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO DAS MERCADORIAS
4.	39.17	Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil

Observe-se, por oportuno, que todas as mercadorias mencionadas nas notas fiscais emitidas pela Autuada e objeto da autuação encontram-se classificadas na NCM/SH 3917.39.00, conforme se verifica na planilha denominada “Dados Gerais NFe” que se encontra no CD de fls. 13.

Às fls. 18, a Impugnante adverte que *“a multa teve sua aplicação de modo geral nos produtos os quais possuem a mesma NCM, porém, as tratativas e aplicabilidades são distintas de acordo com os: Protocolo ICMS 41/08 e Protocolo ICMS 32/09”*.

Afirma que a maioria de seus produtos têm aplicações que não os enquadram, sob nenhuma hipótese, como autopeça ou material de construção. Portanto, entende não caber a tributação de ICMS/ST para estes produtos.

Ela baseia seu argumento em documento que denominou de “Parecer Jurídico ST”, e que se encontra às folhas 49/79, com cópia no pendrive de fls. 146.

Tal Parecer, às fls. 50, esclarece que, para a interpretação do enquadramento da mercadoria, deve-se observar cumulativamente dois critérios:

“(…) a DESCRIÇÃO e enquadramento nas posições, subposições ou códigos da NCM/SH, NÃO BASTANDO apenas as posições, subposições ou códigos da NCM/SH ter a previsão de enquadramento, se A DESCRIÇÃO que leva a interpretação do uso ou ramo de uso NÃO FOR a mesma existente no RICMS, NÃO HÁ A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS, conforme entendimento preconizado na Decisão Normativa CAT No. 12 de 26/09/2009, publicada no DOE SP em 27/06/2009 (…).

Como se verá, mais à frente, a Fiscalização não somente atentou para a classificação das mercadorias na NCM/SH, conforme realizada pela Impugnante, como

ainda para a destinação das mesmas, tomando por base o CNAE dos contribuintes destinatários mineiros.

Às fls. 46/48, a Impugnante apresenta resposta à Consulta Tributária nº 17283/2018, feita junto à Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo. Não há no documento a identificação da Consulente, o que impede que se verifique se a consulta foi formulada pela Impugnante, apesar das semelhanças entre esta e a Consulente.

Na referida Consulta Tributária, a Consulente descreve sua atividade econômica como sendo a de fabricação de artefatos de materiais plásticos (CNAE 2229-3/99). Aduz que produz mangueiras desenvolvidas para diversos usos, sendo todas classificadas na posição 3917 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). Apresenta sua linha de produtos. E, como consta às fls. 47, informa que *“comercializa essas mercadorias em operações internas e que elas não foram concebidas para integração em veículo automotor ou em obra de construção civil, não havendo de qualquer forma a previsão para uso como autopeça ou material de construção e congêneres”*.

Contudo, infelizmente, esta resposta à Consulta Tributária nº 17283/2018, às fls. 48 dos autos, não auxilia no esclarecimento da questão, na medida em que afirma que partindo da *“informação (cuja veracidade é requisito de validade para a presente resposta) de que as mercadorias não podem ser, em qualquer hipótese, utilizadas como autopeças ou materiais de construção e congêneres”*, entende que *“as operações internas com tais mercadorias não estão sujeitas ao regime da substituição tributária”*.

Ora, o fato de poderem ou não ser utilizadas como autopeças ou materiais de construção e congêneres é o tema central a ser esclarecido.

De sua parte, a Fiscalização pesquisou o **próprio site da Autuada**. E lá, obteve informações que contradizem a afirmação desta, na Impugnação, bem como o referido “Parecer Jurídico ST”.

Note-se que, ao analisar a aplicação das mercadorias produzidas pela Impugnante, a Fiscalização cita as folhas do PTA onde consta o Catálogo de Produtos da Himaflex, o qual foi anexado aos autos pela própria Impugnante. Reproduz-se, a seguir, trecho da Manifestação Fiscal, às fls. 151/152, que trata das aplicações, descritas no referido catálogo, que a empresa Autuada entende que podem ser dadas às suas mercadorias:

Vamos começar rebatendo a Consulta apresentada pelo Impugnante, de folhas 46 a 49 do PTA. A resposta do Fisco paulista de que os produtos da autuada não estariam sujeitos à ST foi baseada na informação falsa da mesma de que tais produtos, **EM HIPÓTESE ALGUMA**, poderiam ser utilizados como material de construção ou autopeças.

Abaixo tela retirada da internet 16/09/2022 do site da empresa, com informações dos produtos com aplicação na área de CONSTRUÇÃO.

(...)

No próprio catálogo apresentado em sua defesa, aparece a informação de que tais produtos podem ser utilizados na Construção Civil. Vejamos:

AR LIGHT CINZA (pg. 88 PTA) – Aplicação: Indicada para serviços de condução de ar, gás, coletores de pó, exautores industriais, ar-condicionado etc.

CONDUÍTE SUPER (pg. 103 PTA) – Aplicação: Passagem de fios e cabos elétricos, com superfície interna lisa. Não propaga chama, auto extensível.

MANGUEIRA MULTIUSOS (pg. 103 PTA) – Aplicação: Indicada para instalações em geral.

TUBO CRISTAL (pg. 104 PTA) – Aplicação: Indicada para medição de nível em construção civil, irrigação, jardinagem e revestimento de tubos metálicos.

MARTELETE (pg. 91 PTA) – Aplicação: Indicada para uso geral em compressores, mineração e construção em geral.

SOLDA SIMPLES e SOLDA DUPLA (pg. 93 PTA) – Aplicação: Ideal para serviços em oficinas, funilarias e canteiro de obras.

SUCÇÃO STANDARD LARANJA (pg. 83 PTA) – Aplicação: Indicada para serviços pesados de sucção e descarga como: irrigação agrícola, cascalho, líquidos pastosos, mineração, drenagem e **construção**.

MANGUEIRA FLAT LEVE (pg. 86 PTA) – Aplicação: Indicada para uso agrícola, **construção civil**, drenagem, lavagem de depósitos, galerias.

Já o produto abaixo pode ser utilizado como autopeças.

GASOLINA SIL (pg. 92 PTA) – Aplicação: Indicada para aplicações de passagem de gasolina.

Somente foram autuados estes produtos e, mesmo assim, quando o destinatário possuía CNAE de Material de Construção ou de Autopeças. (Grifos originais).

Verifica-se, portanto, que as mercadorias que a Fiscalização cita em sua Manifestação Fiscal, e cuja maioria foi tomada como objeto da autuação, são descritas pela própria Autuada como tendo, entre suas aplicações, a possibilidade de serem utilizadas como material de construção ou como autopeça.

Destaque-se o trecho final transcrito acima em que a Fiscalização esclarece que as operações de saída para as quais foi exigido o ICMS/ST **foram apenas aquelas em que o destinatário possuía Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) relativo a “material de construção e congêneres” ou de “autopeças”**.

Por óbvio, cabe reconhecer que tais provas inviabilizam o argumento da Defesa de que estas mercadorias, em nenhuma hipótese, poderiam ser utilizadas como material de construção ou autopeças. Ora, não somente são anunciadas pela Impugnante em seu Catálogo de Produtos” (fls. 80/105), como foram adquiridas por empresas que comercializam especificamente estes produtos: “material de construção e congêneres” ou “autopeças”.

Sendo assim, parece evidente que para as mercadorias analisadas pela Fiscalização, nas operações descritas na peça fiscal, está a Impugnante obrigada ao recolhimento do ICMS/ST para o estado de Minas Gerais, conforme exigido na autuação.

A partir da análise da planilha “Cálculo ICMS ST”, confrontada com a planilha “Dados Gerais NFe”, ambas integrantes do arquivo Excel denominado “HIMAFLEX - INTIMAÇÃO - ICMS ST CALCULADO X DESTACADO - RETIFICADO (1)”, observa-se que as operações que envolveram a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST abrangem tanto as mercadorias destinadas a empresas com CNAEs relacionados à comercialização de materiais de construção e congêneres, quanto a empresas classificadas no CNAE 4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores.

Entre os contribuintes destinatários mineiros, classificados neste último CNAE, encontram-se:

- Autobor Ltda, CNPJ nº 08455820000180: CNAE Principal: 4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; CNAE Secundário: 4530-7/04 - Comércio a varejo de peças e acessórios usados para veículos automotores;

- Brasforts Peças e Serviços Ltda, CNPJ nº 17.530.784/0001-62: CNAE Principal: 4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; CNAE Secundário: 2950-6/00 - Recondicionamento e recuperação de motores para veículos automotores;

- Flavio Soares Dupin, CNPJ nº 10.647.875/0001-33: CNAE Principal: 4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; CNAE Secundário: 4744-0/01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas;

- HC Comércio de Artefatos de Borracha Ltda, CNPJ nº 20.282.494/0001-51: CNAE Principal: 4744-0/99 - Comércio varejista de materiais de construção em geral; CNAE Secundário: 4530-7/03 – Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores;

- Valéria de Fátima Gonçalves, CNPJ nº 07.197.920/0001-90: CNAE Principal: 4530-7/03 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; CNAE Secundário: 4541-2/06 - Comércio a varejo de peças e acessórios novos para motocicletas e motonetas.

Por outro lado, da análise destas planilhas, verifica-se que as operações que envolveram a retenção e o recolhimento a menor de ICMS/ST abrangem apenas as

mercadorias destinadas a empresas com CNAEs relacionados à comercialização de materiais de construção e congêneres.

Já às fls. 122 dos autos, a Impugnante afirma que não deveria ser exigido o ICMS/ST relativo a cinco operações para as quais foram emitidas as notas fiscais que menciona na coluna “Nº NF”, documentos estes que acobertaram saídas da mercadoria “conduíte super”, por entender que o fato do destinatário ser fabricante afastaria a ocorrência da substituição tributária.

Em resposta, a Fiscalização, às fls. 152, assinala que o destinatário em questão é a empresa Casa da Borracha de Elói Mendes Eireli ME, IE: 002006511.00-80, com o CNAE 4744-0/03 - comércio varejista de material hidráulico, atuando, portanto, no segmento de material de construção.

Como se conclui, não cabe razão à Impugnante em seu pedido de exclusão das referidas operações.

Já às fls. 60 dos autos, a Impugnante alega que a autoridade fiscal “enquadrou as mercadorias produzidas pela Autuada como tubos e seus acessórios, de plástico, para uso na construção, classificados na Posição NBM/SH 39.17, o que é totalmente descabido, pois tal item se refere a TUBOS e não MANGUEIRAS”.

Esclarece que “no caso específico desse item, TUBOS são estruturas cilíndricas ocas e RÍGIDAS e que, portanto, necessitam de juntas, cotovelos, flanges e uniões, obviamente no caso de material de construção esse item trata de tubos de PVC ou material semelhante (...)”

Acrescenta que “já uma MANGUEIRA tem características diferentes de um TUBO, pois mangueira é uma estrutura oca flexível de borracha, lona ou plástico, para condução de água, ar, combustíveis e etc”.

Em resposta às fls. 152, a Fiscalização adverte que:

Também não cabe a alegação do Impugnante de que o AFRE classificou de forma equivocada as mangueiras como tubos. Ora, a classificação quem faz é o próprio fabricante. Ele mesmo classificou seus produtos na posição 39.17 da NCM.

A posição 39.17 abrange os tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plástico.

Já os produtos sujeitos à ST pelo CEST 10.006.00 têm a seguinte descrição:

Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plástico, para uso na construção.

Então, como o legislador repetiu a descrição da NCM, somente colocando a observação de que tem que ser para uso na construção, restava saber se tais produtos eram para a construção ou não.

Como já mencionamos acima, tal dúvida foi sanada pesquisando o site da empresa e os CNAEs dos destinatários.

Sem razão, portanto, a Impugnante, que procura transferir para a Fiscalização a responsabilidade de nomear e classificar seus próprios produtos.

Cabe, aqui, mencionar que não foi encontrada na planilha denominada “Dados Gerais NFe”, no CD de fls. 13, a menção ao tubo “gasolina SIL”, que consta no Catálogo de Produtos Himaflex, às fls. 92 dos autos, e que foi objeto de observações da Fiscalização às fls. 152. Sendo assim, compreende-se que as menções sobre este item devem ser entendidas como meramente exemplificativas.

Quanto ao cálculo do ICMS/ST, o mesmo está corretamente demonstrado na planilha denominada “Cálculo ICMS ST”.

Verifica-se na planilha “Detalhamento NFe” que a Autuada calculou e destacou o ICMS normal nas operações que realizou, mas não calculou e destacou o ICMS/ST, ou o destacou a menor.

Quanto ao produto “conduíte”, a Impugnante reconhece:

- que este item está sujeito ao regime de ST, porque é utilizado na construção civil;

- e que o ICMS/ST já teria sido recolhido, como consta em sua escrita fiscal; porém, admitindo que o foi de forma incorreta, pela utilização da MVA; mas não da MVA ajustada, como seria correto.

Entende, portanto, a Impugnante ser devida a diferença exigida na peça fiscal, o que torna o tema incontroverso.

Contudo, da análise da planilha “Cálculo ICMS ST”, confrontada com a planilha “Dados Gerais NFe”, verifica-se para as mercadorias “mangueira sucção standard laranja” e “mangueira vácuo ar light cinza”, a Autuada também realizou o recolhimento a menor do ICMS/ST, o que, pelas razões já apresentadas, implica na correção da exigência do ICMS/ST complementar, conforme consta na presente autuação.

Registre-se apenas que a Impugnante recolheu a menor o ICMS/ST sobre “mangueiras”, apesar de ter apresentado objeções quanto ao fato de que estas não poderiam ser confundidas com “tubos” (estes, sim, submetidos, a seu ver, à sistemática da substituição tributária).

Tal comportamento da empresa demonstra que os argumentos apresentados, com o fito de afastar as exigências fiscais, não se coaduna com seu próprio entendimento sobre o tema.

Correta a exigência do ICMS/ST, bem como a aplicação da Multa de Revalidação do art. 56 inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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;

Quanto às duas primeiras Multas Isoladas aplicadas, estas encontram-se previstas no art. 55, inciso VII, alínea "c" (retenção a menor) e no art. 55, inciso XXXVII (falta de retenção), sendo ambas submetidas ao limitador do § 2º, inciso I do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75.

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;

(...)

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

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

Quanto à falta de inscrição estadual junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais, verifica-se que no Convênio ICMS nº 52/17 há a previsão, na Cláusula décima oitava, de inscrição do substituto tributário no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONVÊNIO ICMS 52, DE 7 DE ABRIL DE 2017

Dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 164ª Reunião Ordinária, realizada em Cuiabá, MT, no dia 7 de abril de 2017, tendo em vista o disposto nos arts. 6º a 10 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), na alínea "a" do inciso XIII do § 1º e nos §§ 7º e 8º do art. 13, no art. 21-B e nos §§ 12 a 14 do art. 26, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, resolve celebrar o seguinte:

C O N V Ê N I O

(...)

CAPÍTULO III - DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

SEÇÃO I - DA INSCRIÇÃO

Cláusula décima oitava Poderá ser exigida ou concedida inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria ao sujeito passivo por substituição definido em convênio ou protocolo de atribuição de responsabilidade por substituição tributária, nos termos da legislação da respectiva unidade federada.

Parágrafo único. O número de inscrição a que se refere o caput desta cláusula deverá ser aposto em todos os documentos dirigidos à unidade federada de destino dos bens e mercadorias, inclusive no documento de arrecadação.

A obrigação acessória imposta ao sujeito passivo por substituição domiciliado em outra unidade da Federação de inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais encontra-se no art. 40, da Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 40. O sujeito passivo por substituição domiciliado em outra unidade da Federação deverá inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, observado o disposto em portaria da Subsecretaria da Receita Estadual.

A Portaria SRE nº 055/08, que esteve em vigor até 28/07/22 e, portanto, foi contemporânea dos fatos geradores atinentes à autuação em análise, dispunha, em seu art. 5º, que o sujeito passivo por substituição tributária domiciliado em outra unidade da Federação deveria utilizar o Cadastro Sincronizado Nacional para a prática dos atos cadastrais a ele atinentes, atos estes descritos no art. 2º da mesma. Veja-se os principais dispositivos sobre o tema:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PORTARIA SRE Nº 055, DE 23 DE JUNHO DE 2008

Art. 2º - Constituem atos cadastrais a serem praticados no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda:

I - a inscrição;

II - a alteração de dados cadastrais;

III - a baixa de inscrição;

IV - a reativação de inscrição;

V - a paralisação temporária de atividades;

VI - o reinício de atividades interrompidas temporariamente;

VII - o término de escrituração;

VIII - a habilitação de contabilista ou de empresa contábil;

IX - a alteração de endereço de contabilista ou de empresa contábil.

X - a alteração de regime de recolhimento por impedimento do pagamento do ICMS pelo Simples Nacional em razão do sublimite aplicado ao Estado.

(...)

Art. 5º O sujeito passivo por substituição tributária domiciliado em outra unidade da Federação deverá utilizar o Cadastro Sincronizado Nacional para a prática dos atos cadastrais a ele atinentes, observados os procedimentos descritos nos arts. 40 a 44 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS.

Note-se que, havendo a previsão expressa de inscrição da Autuada no Cadastro de Contribuintes do ICMS de Minas Gerais, devido à situação jurídica em que a mesma se encontra, esta não trata do tema, em sua Impugnação, tornando-o incontroverso.

Correta, portanto, a aplicação da Multa Isolada do art. 54 inciso I da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

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

I - por falta de inscrição: 500 (quinhentas) UFEMGs;

(...)

Verifica-se que apesar de que a Impugnante peça o cancelamento do feito fiscal, não há na Impugnação um questionamento a respeito das multas aplicadas.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Jesunias Leão Ribeiro (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 14 de março de 2023.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

CCMG

P