

Acórdão: 16.488/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110645-01
Impugnante: General Electric do Brasil Ltda
Proc. S. Passivo: Maria Fernanda de Azevedo Costa/Outro(s)
PTA/AI: 02.000205430-06
Inscr. Estadual: 048.012003.0384
Origem: DF/Varginha

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – LÂMPADAS. Evidenciada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST em saídas de lâmpadas destinadas a contribuinte mineiro, em decorrência de bonificações. Infração caracterizada, nos termos do artigo 256, Anexo IX, do RICMS/02. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Informa o auto de infração, que constatou-se no Posto Fiscal Wagner Ferreira Godinho, aos 27 de abril de 2003, o transporte de mercadorias (lâmpadas), acobertadas pelas notas fiscais números 220888, 220894, 220896 e 220897, emitidas pela Autuada General Electric do Brasil Ltda, situada no Rio de Janeiro, tendo como destinatária ARCOM S/A, localizada em Uberlândia/MG, sem o destaque do ICMS/Substituição tributária devido ao Estado de Minas Gerais.

Exigidos ICMS/ST e multa de revalidação de 100%.

Irresignada a autuada apresenta de forma tempestiva, através de procurador regularmente constituído, a impugnação de fls. 15/23, em resumo argumentando:

Alega que no exercício de suas atividades econômicas, como meio de ampliar sua participação no mercado, utiliza-se da prática de conceder bonificações a alguns de seus clientes.

Discorre sobre a concessão de descontos condicionais e incondicionais, para considerar que a bonificação é um expediente de incentivo às vendas, similar à concessão de descontos sobre o preço dos produtos, sendo que ao invés de abater financeiramente um determinado valor, a empresa bonifica o cliente justamente com um número maior de produtos e que não são cobrados.

Considera que esta prática equivale a um desconto incondicionado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Explica que por vários anos, ela Impugnante vem adotando procedimento de bonificar seus clientes com produtos, recolhendo o ICMS sobre os produtos vendidos.

Entende que consoante dispositivos Constitucionais e da Lei Complementar 87/96, e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, o ICMS incide apenas sobre operações de circulação de mercadorias, não incidindo sobre mera circulação física, como é o caso das remessas em bonificação.

Informa que o Estado do Rio de Janeiro, dispôs de forma expressa em sua legislação, que o imposto incidirá somente sobre os descontos condicionados.

Observa que contudo, alguns Estados, em afronta à Constituição Federal, têm exigido o ICMS nas remessas de mercadorias em bonificação dos contribuintes locais, bem como nas operações em que tais contribuintes figuram como substituídos tributários.

Argumenta que sendo os Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, signatários do Protocolo do Regime de Substituição Tributária nº 17/85, ela se viu obrigada a recolher como substituto tributário, o ICMS incidente sobre as remessas em bonificação.

Contudo, a fim de resguardar seu direito de não recolher o ICMS nas remessas em bonificação, obteve junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, medida liminar, nos autos da Medida Cautelar Inominada nº 24/2001, que entende afastaria quaisquer atos de autoridade tendentes a obstar ou autuá-la pelo exercício do seu direito de não recolher o ICMS sobre as remessas em bonificação.

Entende que a liminar concedida abarcaria inclusive as remessas, onde ela figura como substituta tributária.

Em sede de preliminar argüi a nulidade do lançamento bem como cerceamento ao seu direito de defesa, entendendo inexistir fundamentação legal para o mesmo.

Considera que o Fisco não descreveu corretamente a suposta irregularidade, entendendo que na espécie, não se trata de falta de recolhimento do ICMS/ST elencada no art. 256 do Decreto 43.080/02, como descreve o AI, mas sim pretende o Fisco o recolhimento do ICMS/ST sobre remessas de mercadorias em bonificação, acusação que entende não se encontra devidamente formulada, ofendendo dessa forma o art. 142 do CTN, e o disposto no art. 10, inciso IV do Decreto Federal 70.235/72.

Volta a afirmar que a medida liminar obtida, que inclusive faz constar das notas fiscais que emite, impõem também a nulidade da presente exigência.

Discorre sobre o fato gerador do ICMS, bem como sobre o princípio da não cumulatividade, para concluir que o entendimento de que com a saída física do produto industrializado incide o ICMS é uma visão ultrapassada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Prossegue dizendo que com o advento da Constituição de 1988, ficou consagrado o princípio do crédito financeiro. E que assim, o que determina o fato gerador do tributo, é a circulação jurídica vinculada à circulação econômica. Transcreve doutrina a respeito.

Argumenta que seu procedimento de conceder bonificação em produtos, não constitui per si, base para tributação, uma vez que não encontra embasamento legal e contraria frontalmente o conceito constitucional de operação.

Discorrendo sobre a natureza jurídica da bonificação, considera que a mesma é uma liberalidade da empresa vendedora, concedida em determinadas situações, após análise de diversos fatores objetivos e subjetivos, para atingir um resultado final, que é o incremento da venda de seus produtos.

Sustenta que constitui ponto pacífico, que a bonificação é uma forma de desconto incondicionado, dado que no momento da venda, e principalmente quando da emissão da nota fiscal dos produtos vendidos, já se conhece exatamente quais e quantas mercadorias serão dadas em bonificação.

Diz que inclusive o Estado de São Paulo já reconhece esta situação, seja através de consultas ou de julgamento de processos administrativos.

Considera que a multa de revalidação aplicada, não guarda qualquer proporcionalidade com a infração imputada, demonstrando seu caráter confiscatório. Transcreve jurisprudência e doutrina a respeito.

Entendendo regular seu procedimento, pede seja julgada nula a ação fiscal, ou o seu cancelamento.

Manifestando-se relativamente à impugnação apresentada, o Fisco, às fls. 64/66, em síntese assim se posiciona:

Informa que a bonificação está sim sujeita à tributação, havendo previsão neste sentido, tanto na legislação do Estado do Rio de Janeiro, quanto na de Minas Gerais (art. 2º do RICMS/02).

No tocante à alegação de nulidade do auto de infração, ratifica que as operações praticadas pela autuada, configuram fato gerador do ICMS previsto no artigo 2º, inciso VI, combinado com o art. 4º, inciso I, alínea “a” do RICMS/02, e que o lançamento obedeceu o contido no artigo 142 do CTN.

Em relação à medida liminar obtida junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 19), entende que o referido pleito constante na inicial da ação judicial visa ato praticado pela Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, não alcançando as operações em que a impugnante figura como substituto tributário, posto que o sujeito ativo nestas operações é o Estado de Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considera que na operação praticada pela impugnante, ocorre sim circulação econômica, uma vez que a mercadoria será contabilizada na conta mercadorias, e será posteriormente objeto de comercialização.

Além disso, lembra que conforme preceito do art. 6º, parágrafo 8º da Lei 6763/75, é irrelevante a natureza jurídica da operação de saída da mercadoria do estabelecimento, para caracterizar o fato gerador.

Chama a atenção, para o fato de que a bonificação foi concedida sobre o total da mercadoria constante das notas fiscais.

Argumenta também que a operação praticada, não se enquadra na ressalva contida no art. 13, parágrafo 2º, alínea “b” da Lei 6763/75.

No tocante ao caráter confiscatório da multa, argumenta que o princípio do não confisco refere-se apenas a tributo, e que ademais, a multa aplicada está em conformidade com a legislação específica citada nos autos.

Finda pedindo a integral manutenção do feito.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Prefacialmente, suscita a Autuada a existência de medida liminar em seu favor, exarada pela Justiça do Estado do Rio de Janeiro, eximindo-a da retenção e recolhimento do ICMS/ST aqui discutido.

Afigura-se, contudo, infundada a pretensão da Autuada em tentar se eximir da obrigação tributária em discussão, abrigo-se na medida liminar constante da ação judicial, vez que, conforme se observa da Medida Cautelar Inominada (fls. 57/58), tal instrumento teve por objeto obstar qualquer ato praticado pela Fazenda Estadual do Rio de Janeiro.

Trata-se de se observar a jurisdição (em seu aspecto espacial) da estrutura judiciária de cada Estado, como determinado pela Constituição Federal. A decisão em apreço não gerou efeitos “erga omnes” mas tão somente inter-partes. Assim, jamais poderia aquela Justiça, como de fato não o fez, livrar a ora Impugnante das obrigações tributárias contraídas com Minas Gerais, em virtude da substituição tributária.

Outro pleito de preliminar sugere a nulidade do auto de infração, sob a justificativa de que a peça fiscal não descreve adequadamente a irregularidade acusada. Não é o que se tem do exame dos autos. O relatório do auto de infração é preciso ao atribuir a responsabilidade ao substituto pelo ICMS devido por substituição tributária em operações efetuadas a título de “bonificação”.

No campo próprio para as capitulações de infringências e penalidades, o feito indica a disposição legal relativa à ocorrência do fato gerador na hipótese em lide,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

bem como os que tratam das infringências às obrigações do contribuinte e as previsões regulamentares da responsabilidade como substituto.

Não se verifica qualquer afronta ao artigo 142 do CTN, bem como aos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, ou ainda cerceamento ao direito de defesa da Autuada, indicativos de nulidade, motivo porque deve esta ser rechaçada. Note-se que são estes os dispositivos a serem observados neste Estado, nada obstante veicularem o mesmo teor do art. 10 do Decreto Federal 70.235/72, citado na petição, acerca do conteúdo do auto de infração. O aludido Decreto rege o processo administrativo da União.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre a constatação de falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST em saídas de lâmpadas, sob o título de bonificações, no período de abril de 2003, pelo que se exigiu o ICMS/ST e a MR de 100% do valor do Imposto.

A responsabilidade da Autuada advém do Protocolo nº 17/85, celebrado inicialmente entre os Estados do Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo. Minas Gerais veio a aderir através do Protocolo nº 18/98, com efeitos a partir de 01/07/98.

A disciplina na legislação mineira está no Anexo IX do RICMS/02, mais especificamente no art. 256 e seguintes. Veja-se a redação do primeiro:

CAPÍTULO XXVIII

Das Operações com Discos, Fitas, Lâminas e Aparelhos de Barbear, Isqueiros, Lâmpadas, Pilhas e Baterias, Filmes e Slides

Seção I

Das Operações com Lâmpadas Elétricas

Art. 256 - Os estabelecimentos industrial, importador ou arrematante de mercadoria importada objeto de apreensão ou abandono, situados nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, 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, São Paulo, Sergipe e Tocantins e no Distrito Federal, nas operações com lâmpada elétrica e eletrônica, classificadas nas posições 8539 e 8540, reator e *starter*, classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saídas subseqüentes ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

As operações em exame tratam de bonificações, do que não diverge o Fisco. Equivocadamente, entende a Autuada que a circunstância afasta a tributação pelo ICMS, inclusive o devido em virtude da ST.

É de se observar que, em Minas Gerais, a hipótese de incidência encontra-se expressa no art. 6º, VI, da Lei nº 6.763/75. Leia-se:

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

...

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, **inclusive em decorrência de bonificação**, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Perceba-se, todavia, que a exação ora discutida não recai sobre as operações envolvendo tais bonificações, mas sobre as que lhes sobrevenham, futuras, e que, desde já, ensejam a cobrança do ICMS pela sistemática da substituição tributária, posto que ocorrerão internamente em Minas Gerais. Assim, os argumentos a respeito da natureza jurídica das bonificações tornam-se absolutamente irrelevantes para deslinde das questões que envolvem a contenda.

Note-se ainda que, do amparo da medida judicial que exime a Autuada do débito da operação própria, segue que inexistirá abatimento do imposto calculado para fins de substituição tributária, como corretamente entendeu a douta Fiscalização de Tributos de Minas Gerais nos levantamentos que resultaram no Auto em tela.

Quanto à tese de que as multas aplicadas são confiscatórias, percebe-se que seguiram estritamente a legalidade, posto que em consonância com a previsão do art. 56, § 2º da Lei nº 6.763/75. No mais, há que observar as restrições contidas no art. 142 da mesma Lei, onde se lê:

Art. 142 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

A matéria já encontra farto precedente nesta Casa, destacando-se o que envolve a própria Autuada. Todos os decisórios se deram à unanimidade, favoravelmente ao Fisco, destacando-se os Acórdãos nºs. 14.035/01/2ª, 14.498/01/2ª, 14.635/01/2ª, 15.638/03/2ª e 15.639/03/2ª.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 18/03/04

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator

