

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 16.422/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112125-19, 40.010111993-34, 40.010111990-91,
40.010112121-01, 40.010112122-84
Impugnante: General Electric do Brasil Ltda
Proc. S. Passivo: Ricardo Marino/Outros
PTA/AI: 01.000143607-97, 01.000143715-01, 01.000143734-14,
02.000206709-62, 02.000206726-04
CNPJ: 33.482241/0003-35
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LÂMPADAS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas saídas de lâmpadas a contribuintes mineiros, em decorrência de bonificações. Infração caracterizada, nos termos do artigo 256, do Anexo IX, do RICMS/02. Exigências fiscais mantidas. Lançamentos procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Decorrem os presentes Processos Tributários Administrativos de fiscalização do trânsito de mercadorias, realizada no Posto Fiscal Antônio Reimão de Mello, sentido RJ-MG, no dia 20 de novembro de 2003.

Constatou-se que o contribuinte deixou de promover a retenção e o recolhimento do ICMS/ST referente às operações efetuadas através de várias Notas Fiscais, uma vez que as mercadorias transacionadas (lâmpadas) estão sujeitas ao regime de substituição tributária, ainda que as saídas sejam a título de bonificação.

As irregularidades foram capituladas nos artigos 6º, VI, e 16, IX e XIII, da Lei 6763; nos artigos 23 e 24, da Parte Geral, e artigos 256 e 263, II, C1, do Anexo IX do RICMS/02; sendo aplicada a penalidade prevista no artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador legalmente constituído, Impugnações constantes dos autos.

Como primeira preliminar, alega ausência de enquadramento legal e nulidade do procedimento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Explica que “lavrado Auto de Infração significa proceder ao lançamento de ofício, nos termos do inciso V do artigo 149 do Código Tributário Nacional. (...) desta forma, todos os requisitos do lançamento devem estar presentes na elaboração do auto de infração”, sob pena de nulidade.

Entende que não houve a correta capitulação dos dispositivos violados, “pois não se trata de falta de recolhimento de ICMS por conta da substituição tributária plasmada no indigitado art. 256 do Decreto 43.080/02” e que, em primeiro plano, havia de ter sido considerada a suposta hipótese de incidência – bonificação de mercadorias.

Ainda como preliminar, levanta o fato de ter a seu favor decisão judicial que a libera do recolhimento de ICMS nas operações que envolvem bonificações.

Relata que os Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais são signatários do Protocolo do Regime de Substituição Tributária n.º 17/85, pelo qual a Impugnante foi obrigada a recolher como substituta tributária o ICMS incidente sobre as remessas em bonificação. A fim de resguardar seu direito de não se sujeitar ao recolhimento do ICMS nestas remessas, propôs Medida Cautelar nos autos do processo n. 2000.001.072846-5.

Tem clara a idéia de que, ao prover o recurso aviado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Declaratória principal, afasta a incidência do ICMS em todas as operações envolvendo bonificações de mercadorias, inclusive no que tange à substituição tributária.

No mérito, discorre sobre a teoria do imposto estadual e o princípio da não cumulatividade, donde infere que “o advento da Constituição de 1988, que consagrou o Princípio do Crédito Financeiro e afastou definitivamente os conceitos de movimentação física como passíveis de caracterizar a ocorrência do fato gerador de tributos”, determinou a necessária ocorrência de concomitante circulação jurídica e econômica.

Afirma que a Lei Complementar n. 87/96 dita, no artigo 13, § 1º, II, a, que “para efeitos de determinação da base de cálculo integrariam os valores a título de seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condições”. E que, por serem equiparáveis a descontos incondicionais, não podem as bonificações sofrer tal incidência.

Neste ponto, passa a falar da natureza jurídica das bonificações, que seria:

“um expediente de incentivo às vendas, similar à concessão de descontos sobre o preço dos produtos, de tal sorte que a empresa bonifica o cliente com um número maior de produtos sem que estes sejam cobrados, em vez de abater financeiramente um determinado valor”.

Acrescenta que, no momento da realização de venda e de emissão da NF, já se conhece exatamente quantas e quais mercadorias serão dadas em bonificação, donde seu caráter de incondicionalidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, questiona a validade da multa aplicada, cujo valor – 100% do montante do ICMS - não guarda proporcionalidade com a infração, o que demonstraria seu caráter confiscatório.

Faz juntar aos autos vários documentos, inclusive a decisão do tribunal fluminense a que fizera menção.

O Fisco refuta os argumentos apresentados nas peças de defesa, nos termos seguintes:

Preliminarmente, a formalização dos créditos tributários, com a lavratura dos Autos de Infração, justifica-se pela infringência à legislação, que atribui à Autuada a responsabilidade da obrigação como substituto tributário, na forma do disposto nos artigos 128 do CTN, 6º da LC 87/96, e 22, II, da Lei 6763.

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 22 da Lei 6763/75, foi celebrado o Protocolo n. 17/95, relativo a operações com discos, fitas, lâminas e aparelhos de barbear, lâmpadas, ficando o contribuinte carioca obrigado a recolher o ICMS/ST, conforme cálculo estabelecido pelo artigo 263, inciso II, alíneas C e C.1, do Anexo IX do Decreto 43.080/02.

Constatada a falta de retenção do ICMS/ST devido a este Estado, prevista nos artigos 23 e 24 do RICMS/02, a fiscalização efetuou a aplicação da penalidade relativa ao imposto não recolhido, conforme dispõe o artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6763/75.

Observa que a Autuada não nega as acusações imputadas nos autos, mas alega que a bonificação não caracteriza circulação de mercadoria por equivaler a desconto incondicional.

Lembra que todas as mercadorias adquiridas, inclusive aquelas a título de bonificação, deverão ser contabilizadas no ativo da empresa adquirente, na conta mercadoria, e serão posteriormente comercializadas – ou seja, o contribuinte mineiro irá promover saídas futuras, que não se confundem com a operação própria do remetente, e cujo tributo já fora anteriormente recolhido, via ICMS/ST.

A legalidade ou não da tributação das operações que envolvam bonificações é irrelevante ao deslinde desta questão, uma vez que a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS referente às saídas futuras, a serem promovidas pelo contribuinte mineiro.

No que diz respeito à ação judicial proposta contra a Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, salienta que “a Autuada questiona a incidência do ICMS nas operações de saída de mercadorias a título de bonificação (operações próprias), não se estendendo seu pedido aos casos específicos de substituição tributária”, restringindo a decisão a estes limites. Acresce que “uma decisão do TJRJ não poderia extrapolar os limites territoriais do seu Estado, não surtindo efeitos nos demais entes da federação”.

DECISÃO

Das Preliminares:

Como primeira prefacial, alega a Impugnante ausência de enquadramento legal e nulidade do procedimento fiscal.

Os relatórios dos Autos de infração são precisos ao atribuírem 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, bem como os que tratam das infringências às obrigações do contribuinte; as previsões regulamentares da responsabilidade como substituto e até mesmo a base de cálculo que deveria ser observada.

Não se verifica, pois, qualquer afronta aos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, indicativa de nulidade, motivo pelo qual deve esta ser rechaçada.

Ainda em preliminar, suscita a Autuada a existência de decisão judicial, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que afastaria a incidência do ICMS em todas as operações envolvendo bonificações de mercadorias, inclusive no que tange à substituição tributária.

Veja-se.

O pedido formulado na Ação Declaratória mencionada restringe-se a:

- 1 - reconhecimento do direito de não recolhimento de ICMS nas saídas de mercadorias destinadas à bonificação de seus clientes;
- 2 - reconhecimento do direito de creditar-se dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS nas saídas de mercadorias destinadas à bonificação de seus clientes nos últimos 10 anos, acrescidos de juros de 1% ao mês e correção monetária.

A sentença julgou improcedente os pedidos iniciais.

O Tribunal, em sede de recurso de apelação, deu parcial provimento, entendendo que “as bonificações em mercadorias, como ocorre no presente caso, são, em tudo, equiparáveis aos descontos e abatimentos incondicionalmente concedidos, não integrando a base de cálculo do ICMS”, reformando a sentença para reconhecer à Apelante “o direito de não recolher o ICMS nas saídas futuras de mercadorias destinadas à bonificação de seus clientes”.

Não há, como não o poderia, menção ao recolhimento do imposto por substituição tributária. Com efeito, este refere-se às operações que serão realizadas pelo contribuinte mineiro, em território mineiro. Tais operações nenhuma semelhança guardam com a situação descrita no acórdão referido.

Ultrapassadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Do Mérito

Como anteriormente mencionado, a presente lide decorre de operações sujeitas à substituição tributária progressiva, nas quais não houve a retenção e recolhimento do imposto devido ao Estado de Minas Gerais.

A responsabilidade da Impugnante advém do Protocolo nº 17/85, celebrado, inicialmente, entre os Estados do Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo. O Estado de Minas Gerais a ele aderiu, posteriormente, através do Protocolo nº 18/98, com efeitos a partir de 01.07.98.

A legislação estadual disciplina a matéria nos artigos 256 e seguintes do Anexo IX do RICMS/02.

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

A defesa da Autuada teve por base a alegação de que bonificação comercial não caracteriza circulação de mercadoria, sendo uma operação – em seu entender – equiparável ao desconto incondicional e, portanto, não tributável.

Afirma que "a bonificação é um expediente de incentivo às vendas", e, na prática, consiste no oferecimento, pelo vendedor ao comprador, de uma quantidade a mais de mercadorias, que é calculada em função do volume das compras.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, não foi questionada a natureza jurídica da operação que se desenvolve entre a Impugnante e seus clientes mineiros. Esta não tem relevância para o deslinde da questão.

Note-se que a exação *sub judice* não recai sobre estas operações envolvendo as bonificações concedidas; mas, sobre as que lhes sobrevenham, no futuro – pois, é evidente que todas as mercadorias recebidas do fornecedor, mesmo a título de bonificação, serão igualmente contabilizadas na conta "mercadoria" e serão posteriormente comercializadas.

É de se observar que, em Minas Gerais, a hipótese de incidência encontra-se expressa no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 6763/75. 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;

Estas transações posteriores, que ocorrerão internamente no Estado de Minas Gerais, ensejam, desde já, a cobrança do ICMS pela sistemática da substituição tributária, em virtude do Protocolo alhures mencionado.

Importante mencionar que, do amparo da medida judicial que exime a Impugnante do débito de ICMS/operação própria, segue que não se terá qualquer abatimento no cálculo do ICMS/ST, como corretamente entenderam os fiscais autuantes.

Em resposta à afirmação de que as multas aplicadas são confiscatórias, aduz-se que as mesmas estão expressamente previstas na Lei estadual n. 6763/75, artigo 56, inciso II, § 2º. Qualquer questionamento quanto à constitucionalidade deste diploma encontra por obstáculo as restrições do artigo 142 da mesma Lei:

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

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

Ante o acima dito e considerando que o procedimento da empresa Impugnante resultou em falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária, reputam-se corretos os lançamentos das exigências demonstradas nos Autos de Infração, relativas a ICMS e respectiva Multa de Revalidação (em dobro), prevista no artigo 56, Inciso II, e § 2º da Lei 6763/75.

A matéria já encontra farto precedente neste Conselho, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedentes os lançamentos. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 05/05/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ

CC/MG