

Acórdão: 17.734/06/3ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117692-54
Impugnante: General Electric do Brasil Ltda
Proc. S. Passivo: Maria Fernanda de Azevedo Costa/Outro(s)
PTA/AI: 02.000210120-04
Inscr. Estadual: 048.012003.03-84
Origem: DF/BH-5

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LÂMPADAS – NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS/ST. Constatado o transporte de lâmpadas acobertado por nota fiscal sem o destaque e conseqüentemente sem o recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária. A referida nota fiscal citava como natureza da operação “bonificação comercial”. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VI da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se o transporte de mercadorias acobertadas pela nota fiscal nº 0280077 de 10/08/05, emitida pela GENERAL ELECTRIC DO BRASIL LTDA, no Rio de Janeiro, destinando as mercadorias (Lâmpadas Fluorescentes) para a TAMBASA – TECIDOS ARM. MIGUEL BARTOLOMEU S/A, em Contagem - MG, sem o destaque do ICMS devido por substituição tributária. Na referida nota fiscal citava como natureza da operação “BONIFICAÇÃO COMERCIAL”.

São anexados aos autos os documentos: 3ª via da nota fiscal nº 0280077 (fl. 06); cópia CRLV 5434416549, cópia da CNH – 02365722700 (fl. 07).

As infringências capitulados no Auto de Infração são: art. 16, inc. VI, IX, XIII e art. 22, inc. II, da Lei 6763/75; art. 20, inc. II, art. 23, 24, 89, inc. IV, art. 96, inc. XVII, do RICMS/02; art. 256 e 263, inc. II, alínea “c”, sub alínea “c1”, do Anexo IX.

As penalidades são as previstas no artigo 56, § 2º, inc. I (Multa de Revalidação) e no artigo 54, inc. VI (Multa Isolada), ambos da Lei 6763/75.

As fls. 03 encontra-se a intimação ao Contribuinte, explicitando os benefícios da legislação, prazos para pagamento, parcelamento e impugnação.

Razões de Impugnação da Autuada, resumidamente, fls. 11 a 29:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A empresa dedica a fabricação e o comércio de lâmpadas incandescentes e fluorescentes e no exercício da atividade econômica e, como meio de ampliar a sua participação no mercado, utiliza-se da prática de conceder bonificação a alguns de seus clientes.

Essa prática é equivalente a um desconto incondicionado que atinge o mesmo efeito, oferecendo unidades a mais aos clientes.

Ao longo do tempo a empresa vem adotando tal procedimento de bonificar seus clientes com produtos, porém, sempre recolheu o ICMS nas saídas de seu estabelecimento sobre os produtos vendidos.

Pela Constituição Federal, Lei complementar 87/96 e Jurisprudência do STF, o ICMS incide apenas sobre operações de circulação de mercadorias. O imposto não deve incidir sobre a mera circulação física das mercadorias, como é o caso das bonificações que é uma forma de desconto incondicionado. O imposto incide somente quando houver circulação econômica e jurídica de mercadorias e não a mera circulação física.

Cumprе salientar que no Rio de Janeiro, onde a Impugnante está estabelecida, a Lei Est. 2657/96 dispôs no art. 5º, II, “a” que o imposto incidirá somente sobre as parcelas de descontos condicionados, excluindo da incidência as remessas em bonificações.

Alguns Estados, em afronta a Constituição, tem exigido o ICMS sobre remessa de bonificações dos contribuintes locais, bem como nas operações em que tais contribuintes figuram como contribuintes substitutos.

O Estado do Rio de Janeiro é signatário de protocolo do Regime de Substituição Tributária, 17/85, do qual faz parte Minas Gerais e, tal sistema, passou a obrigar a Impugnante a recolher, como substituto tributário, o ICMS sobre a remessa em bonificação.

Destarte, a fim de resguardar o seu direito de não sujeitar o recolhimento do ICMS nas remessas em bonificação, a Impugnante obteve do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decisão favorável, em Recurso de Apelação nos autos de Ação Declaratória, objetivando afastar qualquer ato de autoridade administrativa no sentido de obstar ou autuá-la pelo seu direito de não recolher ICMS sobre bonificação remetida aos seus clientes, alcançando, também, as remessas nas quais ela figura como substituto tributário.

Assim, com a decisão da 2ª instância do TJ do Rio de Janeiro, tornou ineficaz o disposto no protocolo 17/85 relativo à antecipação do ICMS nas mercadorias remetidas em bonificações nas operações realizadas pela Impugnante.

Argumenta, em preliminar, que o lançamento é um ato administrativo vinculado (art. 142, do CTN). Lavrar Auto de Infração significa proceder ao lançamento de ofício (art. 149, inc. V, do CTN) e que somente se estiverem presentes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

todos os requisitos do art. 142, do CTN, o Auto de Infração poderá ser considerado formalmente válido, sendo que a falta de qualquer dos requisitos resultará na sua nulidade.

Faz uma série de considerações e afirma que o enquadramento legal utilizado pelo Fisco não está correto. Que a capitulação da infração indicada revela argumento distinto e que não possui relação direta com o ato descrito na autuação.

O procedimento viola o art. 142, do CTN e que, em vista da ausência da fundamentação legal o processo administrativo deve ser anulado.

Argumenta, ainda, que se fosse admitida a regularidade do lançamento, de qualquer modo as multas exigidas são ostensivamente confiscatórias, procedimento vedado pelo art. 150, inc. V, da CF/88.

Entende que exigir ICMS na saída de produtos industrializados é uma visão ultrapassada, totalmente superada com o advento da CF/88, 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.

Face ao conceito de “base de cálculo”, definido no art. 13, inc. II, alínea “a”, da LC 87/96, é evidente que somente integrará a base de cálculo do ICMS os descontos condicionados, eximindo dos efeitos da tributação aqueles concedidos incondicionalmente, de que é exemplo a bonificação.

Assim, mesmo havendo qualquer dispositivo expresso na legislação de Minas Gerais que preveja incidência de ICMS sobre bonificação, tal norma é absolutamente inconstitucional, vez que as bonificações não podem ser incluídas na base de cálculo do ICMS pois este tributo somente incide sobre o valor das operações mercantis decorrentes de um negócio jurídico que resulte saída de mercadorias.

Verifica-se também que não há sequer base de cálculo para a pretensa antecipação do ICMS, porquanto a circulação que realiza nem sequer tem expressão econômica, restando demonstrado que por todos os lados que se olhe, a autuação é absolutamente indevida, devendo ser cancelada.

Manifestação Fiscal, resumidamente, fls. 21 a 96:

O Fisco agiu da seguinte forma: procedeu ao cálculo do ICMS/ST, não destacado na nota fiscal emitida a título de bonificação pela Autuada.

Cita doutrina em que o direito deve ser visto em seu conjunto, não isoladamente, portanto, os artigos citados na autuação fiscal devem ser analisados em conjunto e não isoladamente, eis que o Auto de Infração preencheu todos os requisitos previstos na CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme previsão constitucional, art. 155, inc. II, o Estado de Minas Gerais definiu na Lei 6763/75 o campo de incidência de ICMS que, se realizada em concreto, ensejará o fato gerador e o nascimento da obrigação tributária.

Surgida a obrigação tributária, nasce, para o sujeito passivo – contribuinte ou responsável - a obrigação ao pagamento do tributo e ou penalidades, art. 121, do CTN.

Em cumprimento ao disposto no § 3º, do art. 22, da Lei 6763/75, foi celebrado o protocolo 17/85, do qual faz parte o Estado do Rio de Janeiro, relativo a operação com diversos produtos, inclusive **lâmpadas**, ficando o contribuinte carioca obrigado a recolher por substituição o ICMS, delimitado no art. 256, do Anexo IX, do RICMS/02.

A base de cálculo e as alíquotas utilizadas pela fiscalização no AI atendem o disposto no art. 263, inc. II, alínea “c”, sub alínea “c.1” e art. 32, do RICMS/02.

Não tendo havido a retenção do ICM/ST devido a este Estado, a Fiscalização efetuou a aplicação da penalidade relativa ao imposto não recolhido, prevista nos arts. 54, inc. VI e 56, § 2º, inc. I, ambos da Lei 6763/75, não havendo, portanto, que se falar em confisco como alega a Impugnante.

E mais, a vedação ao confisco visa resguardar a capacidade do contribuinte nos tributos classificados como “diretos”, porque nos “indiretos”, como é o caso do ICMS, quem sofre a carga é o consumidor, logo não há que falar em confisco do patrimônio do contribuinte.

O art. 187, da Lei 6.404, considera distintos os descontos comerciais e os descontos financeiros, na demonstração do resultado do exercício. Os descontos comerciais são aqueles que ocorrem antes das vendas, em razão da quantidade de mercadorias a serem adquiridas e os descontos financeiros aqueles que ocorrem após a venda por antecipação de pagamento e são classificados no grupo de despesas financeiras no resultado de exercício.

Equivoca-se a Autuada. A bonificação é sim considerada um desconto condicionado, estando, portanto, sujeito à tributação, havendo previsão na legislação do Rio de Janeiro, art. 5º, inc. II, alínea “a”, e também na Lei Mineira 6763/75.

A administração não pode manipular a base de cálculo para provocar aumento de tributo, também o contribuinte não pode fazê-lo com a finalidade de reduzir o seu valor.

As operações praticadas pela Autuada configuram-se em fato gerador previsto no art. 2º, inc. VI, c/c art. 4º, inc. I, alínea “a”, do RICMS/02, cujo prazo para recolhimento do imposto considera-se esgotado em face do disposto no art. 89, inc. IV, do RICMS/02.

Concluindo, pede o prosseguimento do Auto de Infração por sua perfeita regularidade.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 11/08/2006, a 3ª Câmara de Julgamento, presidida pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos da Portaria nº 04, de 19/02/2001, em preliminar, defere o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Windson Luiz da Silva, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 29/08/06.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: o Conselheiro José Francisco Alves (Relator), que julgava procedente o lançamento e o Conselheiro Fausto Edimundo Fernandes Pereira (Revisor), que julgava parcialmente procedente o lançamento, para manter as exigências fiscais relativas ao ICMS apenas sobre o valor de agregação constante do item “f” do demonstrativo de fls. 08, além da Multa Isolada.

DECISÃO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias acobertadas pela nota fiscal nº 0280077, emitida pela GENERAL ELETRIC DO BRASIL LTDA, no Rio de Janeiro, com destino à TAMBASA – TECIDOS ARM. MIGUEL BARTOLOMEU S/A, em Contagem – Minas Gerais, sem o destaque do ICMS devido por substituição tributária.

Quanto à preliminar de violação do art. 142, do CTN, argüida pela Autuada, é de se rejeitá-la, diante da assertiva da Fiscalização no seu procedimento, não só pelas razões expendidas, mas por tudo que dos autos consta.

A Autuada discorda do enquadramento legal ao argumento de que a capitulação da infração não possui relação com o ato descrito na autuação. Que na lei não há hipótese de incidência do imposto na suposta bonificação de mercadorias ou saída de mercadorias em bonificação.

Razão não assiste à Autuada.

A Lei não pode prever títulos específicos criados ao sabor de cada contribuinte para discernir a natureza da saída, em cada operação.

À luz do art. 187, da Lei 6.404, bem como do conceito em si, não parece correto enquadrar as saídas de mercadorias em bonificação como desconto incondicionado. O oferecimento de **algumas unidades a mais**, em função da quantidade dos produtos vendidos, segundo argumentado na impugnação, já é uma condição. No caso, o desconto foi **o total da saída**, sem a comprovação da correspondente saída tributada, o que está correta a autuação fiscal.

A bonificação como foi concedida é considerada um desconto condicionado, estando sujeita à tributação, havendo previsão neste sentido na legislação do Rio de Janeiro no seu art. 5º, inc. II, alínea “a”, enquanto na legislação mineira temos a previsão na Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo e as alíquotas utilizadas pela Fiscalização atendeu ao disposto no art. 263, inc. II, alínea “c”, sub alínea “c.1”, e art. 32 do RICMS/02, sem razão à Autuada.

A vitória da Autuada na ação judicial no TJRJ que visa afastar qualquer ato que venha a ser praticado pela Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, bem como o direito de se creditar dos valores recolhidos, indevidamente, nos últimos anos, não alcança as operações realizadas no Estado de Minas Gerais, especificamente, em operações em que a Autuada figura como substituto tributário.

Não há que se falar em confisco do patrimônio do contribuinte, quando o custo do ICMS é suportado pelo consumidor, por se tratar de tributo indireto. Ademais, não compete à Fiscalização legislar ou declarar nula qualquer norma, pois o seu ato é vinculado às normas existentes e por força do art. 88, da CLTA/MG. A fundamentação da Autuada não tem amparo legal.

É cediço que os limites do poder são traçados pela Lei para possibilitar o correto e bom desempenho da função.

Deve o poder ser usado normalmente, sem abusos, sem excessos ou desvios de finalidade. Usar normalmente é empregá-lo de acordo com a Lei, a moral, a finalidade do ato e o interesse público.

Isto posto, entende-se que as razões da Autuada não atingiram o seu objetivo de elidir o feito e que a Fiscalização agiu dentro do que determina os parâmetros legais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 11/08/06, nos termos da Portaria 04/2001, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Nesta oportunidade, o Conselheiro Fausto Edimundo Fernandes Pereira (Revisor) reviu seu posicionamento, alterando seu voto. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro retromencionado, o Conselheiro Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 29/08/06.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

José Francisco Alves
Relator

jfa/vsf