

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.101/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158531-34
Impugnação: 40.010123912-98
Impugnante: Michelin Espirito Santo Com Imp Exportação Ltda.
IE: 057908152.02-03
Proc. S. Passivo: Enrico Estefan Mannino/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PNEUMÁTICO, CÂMARA-DE-AER E PROTETOR DE BORRACHA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO E/OU RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a falta de retenção/recolhimento e/ou retenção/recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária nas remessas de pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores de borracha para estabelecimentos neste Estado para comercialização e/ou da diferença de alíquota interna e interestadual nas remessas destinadas para uso e consumo dos adquirentes. Exige-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro de acordo com o artigo 56, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/1975. Exigências parcialmente mantidas nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, e ainda, para exclusão da multa isolada, por inaplicável à espécie. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (AI) de fls. 04 trata da falta de retenção/recolhimento e retenção/recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), pelas subseqüentes saídas promovidas pelos destinatários localizados neste Estado, no período de 01/04/2004 a 30/11/2006, em decorrência de remessas efetuadas pela Autuada de pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha classificados na posição 4011 e 4013 da NBM/SH, para comercialização e para uso e consumo destes contribuintes.

O Fisco constatou as irregularidades mediante verificação Fiscal analítica, após o cumprimento pela Autuada das intimações de fls. 39, 41 e 43, com a juntada das cópias de notas fiscais de fls. 45/53.

Exigiu-se ICMS/ST, Multa de Revalidação, de acordo com o artigo 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/1975 e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso VII, da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 56/72, onde alega, em síntese, que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- calculou corretamente a base de incidência do ICMS/ST, nos termos do disposto no Convênio ICMS nº 10, de 09/04/2003, que reduziu a base de cálculo do imposto nas operações interestaduais com os produtos pneumáticos, câmaras-de ar e protetores de borracha;

- nas operações interestaduais realizadas diretamente com consumidores finais, em virtude da inexistência do fato gerador da obrigação tributária, é correto o procedimento de não-retenção de valores a título de ICMS/ST;

- a Fiscalização tem entendimento equivocado de que o redutor de 5,19% (cinco inteiros e dezenove centésimos por cento) previsto no Convênio ICMS nº 10/2003 não se aplicaria sobre a base de cálculo do ICMS-ST;

- o Convênio ICMS nº10/2003 estabelece que à base de incidência para o ICMS substituição tributária deve ser aplicado o percentual de redução de 5,19% (cinco inteiros e dezenove centésimos por cento) e que o valor do ICMS/ST compõe o valor total do ICMS próprio. Assim, é lógico que se o percentual de desconto de 5,19% (cinco inteiros e dezenove centésimos por cento) não for aplicado também para o ICMS-ST, o contribuinte será obrigado a suportar o pagamento daquilo que foi objeto do desconto, fugindo totalmente da intenção do Convênio supracitado, que teve como principal finalidade a redução da base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais;

- o Conselho de Contribuintes, nos AI nº. 01.000156999-41 e nº 01.000157002-65, lavrados contra a Michelin Espírito Santo, já decidiu no sentido de adequar a base de cálculo apurada pelo Fisco à metodologia por ela utilizada, por meio do Acórdão 18.801/08/1ª e 18.804/08/1ª, cujas ementas transcreve;

- a sistemática que adota está de acordo com a legislação do Estado de Minas Gerais, bem como em conformidade com o estipulado pelo Convênio ICMS nº10/2003;

- em determinadas operações realizadas diretamente com o consumidor final do produto, não tinha porque reter, tampouco recolher ICMS-ST, em face da inocorrência dos respectivos fatos geradores;

- de acordo com a legislação, a substituição tributária somente ocorre nos casos em que houver operações subsequentes e assim, o seu procedimento está correto;

Comenta dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), da Lei Complementar 87 de 1996, do Código Tributário nacional (CTN) e menciona doutrina, que entende favorável ao seu entendimento.

Diz que os juros de mora aplicados aos valores cobrados não podem prosperar, porque o AI não especifica em qual dispositivo legal se embasaria tal cobrança.

Acrescenta que a multa aplicada não guarda proporção entre o valor do tributo supostamente devido e o seu valor, ferindo o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, caracterizando-se como confisco.

Transcreve doutrina e decisões sobre o assunto e por fim, pede:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) seja julgado improcedente o AI no que tange a formulação da base de cálculo do ICMS/ST e às operações com consumidores finais, onde não há a necessidade de retenção do ICMS/ST;

2) seja declarada nula a Autuação em relação aos juros de mora, tendo em vista a falta de motivação e da legislação que ensejaram sua aplicação e determinado o cancelamento da autuação por falta de matéria tributável e por aplicação exacerbada de multa.

A Fiscalização, diante das alegações da Impugnante, intima-a, conforme Termo de Intimação Fiscal de fls. 107, a apresentar declaração emitida pelas destinatárias mencionadas nas notas fiscais, objeto da exigência, afirmando que não revendem pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores de borracha, classificados na posição 4011 e 4013 da NBM/SH e que os produtos adquiridos da Autuada foram destinados exclusivamente ao uso e consumo.

Em atendimento à intimação fiscal a Impugnante junta as declarações de fls. 110/111 e 114/117 dos autos.

Após análise das declarações juntadas, a Fiscalização constata que apenas a operação acobertada pela Nota Fiscal nº 7256, de 20/10/2004, (doc. fls. 47), não se destinava ao uso e consumo dos destinatários, comprovando-se a falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST devido pelas saídas subsequentes promovidas pelo destinatário mineiro.

Quanto às demais notas fiscais, comprovou-se que as mercadorias se destinavam ao uso e consumo próprio dos contribuintes situados neste Estado, e, também, que não houve a retenção e o recolhimento do tributo devido pelas entradas em estabelecimentos de contribuintes deste Estado, quando destinadas ao uso e consumo próprios.

Diante disto, a Fiscalização promove a retificação do crédito tributário originalmente exigido, conforme docs. de fls. 119/136, reabrindo-se à Impugnante o prazo para manifestação.

Nas novas razões da defesa (fls. 141/160), a Impugnante reitera toda a sua argumentação anterior pertinente à base de cálculo do ICMS/ST, para defender que a sistemática que adota é a correta.

No que tange às operações realizadas com consumidores finais entende que não poderia ser compelida a recolher o tributo por antecipação, uma vez que a relação comercial estabelecida era de caráter de venda definitiva para consumo e não de repasse da mercadoria para um varejista que revenderia o produto. Assim, conclui que agiu corretamente ao reter e recolher o ICMS/ST somente nos casos em que houvesse operações subsequentes.

Reafirma a argumentação apresentada na inicial sobre a inaplicabilidade de juros de mora e do caráter confiscatório das multas impostas e reitera os pedidos anteriormente formulados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 179/193, rebate todas as alegações apresentadas pela Impugnante e solicita que seja o lançamento julgado procedente.

DECISÃO

O Auto de Infração (AI) de fls. 04 trata da falta de retenção/recolhimento e retenção/recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), pelas subsequentes saídas promovidas pelos destinatários localizados neste Estado, no período de 01/04/2004 a 30/11/2006, em decorrência de remessas efetuadas pela Autuada de pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores de borracha classificados na posição 4011 e 4013 da NBM/SH, para comercialização e para uso e consumo destes contribuintes.

Contudo, mediante as argumentações e provas trazidas aos autos pela Impugnante, a Fiscalização promoveu a retificação do Relatório Fiscal Contábil, Anexo 1 do AI, reformulando o crédito tributário exigido, conforme docs. de fls. 119/136.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/1975 e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da mesma lei .

De acordo com o relatório fiscal, a Autuada deixou de observar, os artigos 16, incisos VI e IX, 22, inciso III, § 16, da Lei nº 6763/1975; ao artigos 32, 43, inciso XII, 96, caput, da Parte Geral e o artigo 233 e 234, incisos I, II, III e IV e seu § 2º e 3º, todos do Anexo IX, do RICMS/2002 e a partir de 01/12/05, artigo 12, caput e § 2º; artigo 19, inciso II, artigo 20, inciso II, da Parte 1 e item 4, da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/2002.

No Anexo 3 de fls. 129/132 encontra-se o Relatório de Apuração do ICMS/ST devido e no Anexo 4 (fls. 133/136) está o Demonstrativo de Cálculo do ICMS/ST Apurado.

Conforme se verifica, em relação à Nota Fiscal nº 7256 (doc. fls. 47), a Autuada não apresentou declaração que comprovasse que as mercadorias dela constantes se destinaram ao uso e consumo próprios do destinatário.

Apesar das alegações feitas de que a sistemática adotada para o cálculo do ICMS/ST está totalmente de acordo com a legislação tributária, o que se observa é que não houve o destaque e recolhimento do imposto nas notas fiscais, o que não foi justificado, neste caso específico.

Por outro lado a base de cálculo para as exigências fiscais em relação a esta nota, encontra-se demonstrada às fls.129 e foi obtida de acordo com a legislação aplicável à matéria.

No que tange à exigência do ICMS/ST devido pelas remessas de pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores de borracha (notas fiscais relacionadas às fls. 129/134 dos autos), destinadas a contribuinte deste Estado, para uso e consumo próprio, finalidade comprovada pelas declarações dos destinatários anexadas às fls. 110/111 e 114/117 dos autos, o argumento trazido pela Impugnante é de não está obrigada a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolher o tributo por antecipação, por se tratar de remessas de mercadorias destinada ao uso e consumo, inexistindo operações subsequentes realizadas pelos destinatários.

Cabe, portanto, examinar a legislação aplicável à matéria.

A Lei Complementar 87 de 1996, em seu artigo 7º, estabelece que a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado é fato gerador do imposto devido por substituição tributária. Examine-se.

Lei Complementar nº 87/1996

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

E o Convênio ICMS nº 85, de 1993, ao dispor sobre a substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores, estabeleceu, na sua cláusula primeira, o que se transcreve:

Convênio ICMS nº 85/1993

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula. (grifou-se).

O Regulamento do ICMS, de 2002 (RICMS/2002), ratificando a norma do Regulamento de 1996 (RICMS/1996), determinou no Anexo IX, do seu artigo 233, “in verbis”:

RICMS/2002 - Anexo IX

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2005 - Redação original:

Art. 233 - O estabelecimento industrial fabricante e o estabelecimento importador situados em outra unidade da Federação, nas remessas para contribuintes deste Estado de pneumáticos, câmaras-de-ar ou protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado até 31 de dezembro de 1996), são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

subseqüentes ou na entrada com destino ao ativo permanente ou ao consumo do destinatário.

Com as modificações introduzidas pelo Decreto nº 44.147 de 2005, que surtiu efeitos a partir de 1º/12/2005, a matéria passou a ser contemplada no artigo 12, §§ 1º e 2º do Anexo XV do RICMS/2002, que prevê:

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 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 agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

§ 2º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual, das mercadorias relacionadas nos itens 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 26 da Parte 2 deste Anexo e destinadas, conforme o caso, a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

Deste modo, verifica-se que as alegações da Impugnante não encontram amparo na legislação em vigor, uma vez que a tributação por substituição tributária alcança a entrada de pneumáticos, câmaras-de-ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 quando destinadas para uso e consumo ou ativo imobilizado.

Assim, as operações relativas aos documentos fiscais relacionados às fls. 129/134, estão sujeitas ao recolhimento da substituição tributária, já que as mercadorias foram destinadas ao uso e consumo dos adquirentes, com exceção da Nota Fiscal nº 7256, já que, como dito anteriormente, não se comprovou referir-se ela à remessa para consumidor final.

Cabe esclarecer, ainda, que o cálculo do ICMS/ST devido nestas operações está demonstrado nas planilhas de fls. 129/136, nos termos da legislação de regência.

Quanto aos questionamentos de que as multas exigidas têm caráter confiscatório, ferindo o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, deve ser ressaltado que a Multa de Revalidação aplicada, tem como pressuposto legal a Lei nº 6763/1975, artigo 56, inciso II, c/c § 2º do mesmo artigo.

Destaque-se, ainda, que por força do artigo 100, inciso I, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), é defeso a este Conselho negar vigência a aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, relativamente à Multa Isolada imposta, capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6.763/1975, a mesma revela-se inaplicável à espécie devendo, portanto ser excluída do crédito tributário.

Com efeito, o dispositivo legal capitulado pela Fiscalização prescreve:

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

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

(...).

Conforme se constata, a Autuada não utilizou base de cálculo diversa na operação de venda de pneus e demais produtos. O caso examinado, não se refere a uma operação em que se verifica a hipótese de subfaturamento ou outro ilícito praticado com a finalidade de impedir a ocorrência do fato gerador.

No caso, a Autuada não destacou nem recolheu o ICMS devido por substituição tributária.

Afirmar que, por não ter praticado a retenção do imposto devido por ST corresponde a adotar uma base de cálculo igual a zero e, em decorrência, ter suprimido 100% (cem por cento) da base de cálculo, não condiz com a regra da boa interpretação do tipo penal estampado no inciso VII, do art. 55 da Lei nº 6763/1975, *data venia*.

Não há que se falar, pois, que a Autuada utilizou base de cálculo diversa em tais operações.

Esta questão já foi, inclusive, analisada em diversos acórdãos deste Conselho, cuja decisão foi pela exclusão da exigência da multa isolada, dentre os quais menciona-se, exemplificativamente, o de número 18.804/08/1ª.

No que se refere à cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, deve-se mencionar, inicialmente, que a Resolução n.º 2.880, de 13 de outubro de 1997, foi editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei nº 6763/1975, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Tais critérios remetem à aplicação da taxa Selic, cujo suporte jurídico encontra-se no § 4º, do artigo 39, da Lei Federal nº 9.250/1995 e na Lei Federal nº 9.430/1996.

Lei nº 6763/1975

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária - TRD -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acumulada, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento.

Parágrafo único - Na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais.

RESOLUÇÃO n.º. 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

Disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, e

considerando o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais;

considerando o disposto no § 3º do artigo 5º e no artigo 75 da Lei federal n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, **RESOLVE:**

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros de mora prevista no *caput* poderá ser inferior a 1% (um por cento) ao mês.

§ 2º - O percentual dos juros de mora, relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado, será de 1% (um por cento), observado o disposto no artigo 2º.

§ 3º - A taxa SELIC será divulgada, mensalmente, mediante Comunicado do Diretor da Superintendência da Receita Estadual, relativamente ao mês anterior, no Diário Oficial de Minas Gerais.

Art. 2º - Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Art. 3º - Os juros de mora, ressalvada a hipótese do artigo 5º, serão calculados no momento do pagamento do crédito tributário.

(...).

A Impugnante alega que a peça fiscal não cita o dispositivo legal que embasa a cobrança de juros de mora. Contudo, verifica-se que o Auto de Infração, no campo denominado de “Demonstrativo do Crédito Tributário” contém o seguinte texto:

“A partir do mês subsequente, os juros de mora serão calculados até o efetivo pagamento ou parcelamento, nos termos da Resolução n. 2.880/97.”

Por esta razão, considera-se suprida a deficiência apontada pela Impugnante no item 11 do Relatório Fiscal/Contábil, Anexo integrante do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 119/136 e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, da Lei 6.763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 31 de março de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora