

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.583/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000678440-80
Impugnação: 40.010143357-35
Impugnante: Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda
IE: 001724147.00-36
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: PF/Extrema - Pouso Alegre

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – MATERIAL DE USO E CONSUMO/ATIVO PERMANENTE – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatado que a Autuada, sediada no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS 31/09, firmado entre o estado de Minas Gerais e o de São Paulo, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido, resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, em relação às remessas de mercadorias a contribuintes mineiros destinadas ao uso e consumo/ativo imobilizado destes. Infração caracterizada, tendo em vista que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo). Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. Contudo, deve ser excluída a majoração da multa isolada pela constatação de reincidência, nos termos do disposto no art. 79 da Lei nº 22.549/17 c/c art. 106, inciso II, alínea “a”, do CTN.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, sediada no Estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 31/09, firmado entre o Estado de Minas Gerais e o de São Paulo, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido, resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, em relação às remessas de mercadorias a contribuintes mineiros destinadas ao uso e consumo/ativo imobilizado destes, no período de 01/01/16 a 27/10/16.

Registra a Fiscalização que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02, que determina a forma de cálculo

do diferencial de alíquotas, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo).

Exigências fiscais de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. A penalidade isolada foi majorada em razão da constatação de reincidência, nos termos do disposto no art. 53, § 6º e 7º, da citada lei.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 30/46. Requer a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 99/109, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

Em 31/07/2017, a Assessoria deste Conselho emite seu parecer (fls. 116/131), onde opina pela procedência parcial do lançamento, para que seja excluída a majoração da multa isolada pela constatação de reincidência, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “a”, do Código Tributário Nacional - CTN.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria deste Conselho foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, sediada no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS 31/09, firmado entre o estado de Minas Gerais e o de São Paulo, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido, resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, em relação às remessas de mercadorias a contribuintes mineiros destinadas ao uso e consumo/ativo imobilizado destes, no período de 01/01/16 a 27/10/16.

Registra a Fiscalização que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo).

Exigências fiscais de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. A penalidade isolada foi majorada em razão da constatação de reincidência, nos termos do disposto no art. 53, § 6º e 7º, da citada lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É oportuno salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República, em seu art. 150, § 7º e na Lei Complementar nº 87/96, conforme art. 6º. Veja-se:

Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

A Autuada é contribuinte substituto tributário mineira em razão do disposto nos art. 22, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 1º, inciso III, e 12, § 2º, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 31/09, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 1º Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido:

(...)

III - pelo adquirente ou destinatário da mercadoria ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente, nas hipóteses de entrada ou recebimento em operação interestadual de:

- a) mercadoria para uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

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:

Efeitos de 1º/01/2016 a 31/01/2017

“§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas nos capítulos 1, 2, 5, 8 a 14, 16, 18 a 20, 22 a 27, no capítulo 3, com âmbito de aplicação 3.2, no capítulo 15, com âmbito de aplicação 15.1 e 15.2, no capítulo 17, com âmbito de aplicação 17.1 e 17.3, no capítulo 21, exceto as de âmbito de aplicação 21.4, e no capítulo 6, itens 7.0, 8 e 16.0, todos da Parte 2 deste Anexo, e destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.”

Protocolo ICMS 31/09:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 subseqüentes.

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 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.

Registra-se que o Decreto nº 46.931, de 30/12/15, promoveu diversas alterações no Anexo XV do RICMS/02 para adequá-lo ao disposto no Convênio ICMS nº 92, de 20/08/15, que estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição ao regime da substituição tributária, relativo às operações subseqüentes.

A aplicação da substituição tributária, até 31 de dezembro de 2015, dependia do implemento de duas condições: a classificação do produto num dos códigos da NBM/SH descritos na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e seu enquadramento na respectiva descrição.

A partir de 1º de janeiro de 2016, além dos requisitos acima, o contribuinte deverá observar a coluna “Âmbito de Aplicação” da citada Parte 2, não ocorrendo a substituição tributária quando essa coluna indicar “Inaplicabilidade”.

Nesse diapasão, destaca-se que às mercadorias objeto das exigências fiscais aplica-se a sistemática de recolhimento do imposto por substituição tributária.

A Impugnante sustenta sua defesa aos seguintes argumentos, em apertada síntese:

- sustenta que um amplo arcabouço jurídico ampara a adoção de base de cálculo única para o recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas devido ao estado de destino em operações interestaduais, a começar pela Constituição Federal, art. 155, § 2º (modificado pela EC nº 87/15) e Lei complementar nº 87/96, em seu art. 13, § 1º, inciso I, passando pelos Convênios ICMS nºs 93/15 e 152/15, e Nota Técnica COTEPE 003/15. Cita, também, excertos de doutrina e jurisprudência com intuito de corroborar sua tese defensiva;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- alega que a Emenda Constitucional nº 87/15 estabeleceu regime único para a tributação das operações interestaduais, sejam destinadas a contribuintes ou a não contribuintes do imposto;

- cita que a matéria retro foi regulada pelo Convênio ICMS nº 93/15, que define o valor da operação como única base de cálculo do ICMS diferencial de alíquotas;

- assevera que a Lei Complementar nº 87/96 determina que a base de cálculo tanto para a operação interestadual quanto para o diferencial de alíquotas será o valor da operação;

- sustenta que a COTEPE primeiramente adotou bases de cálculo diferentes para a operação interestadual e para o diferencial de alíquotas, na versão 1.40 da Nota Técnica nº 003/15, mas que tal comissão reformulou o referido entendimento, adotando base única na versão 1.70 da mesma NT;

- sustenta que a legislação estadual mineira contraria normas superiores como a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 que proíbem a base de cálculo dupla. Afirma também que a norma que sujeita a Autuada ao recolhimento do ICMS/ST é o Protocolo ICMS nº 31/09, firmado entre os estados de Minas Gerais e São Paulo, e que este determina que a base de cálculo para a apuração e recolhimento do ICMS/ST diferencial de alíquotas é o valor da operação. Entende não aplicável ao caso o disposto no § 8º do art. 43 do RICMS/02 que dispõe sobre a fórmula de cálculo do diferencial de alíquotas.

Contudo, não merece reparo o lançamento, conforme se verá.

No caso de entrada de mercadorias no estabelecimento mineiro, destinada a uso e consumo ou ativo immobilizado e oriunda de outra unidade da Federação, necessário se faz o recolhimento do diferencial de alíquotas sobre essas operações, na forma do disposto no art. 6º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (art. 1º, inciso VII, do RICMS/02), o qual fundamenta-se no art. 155, inciso II, § 2º, inciso VII, da CF/88:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo immobilizado;

RICMS/02

Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

VII - a entrada, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

E a Autuada está obrigada ao recolhimento do referido imposto, como contribuinte substituto tributário, por força do Protocolo ICMS nº 31/09, conforme já relatado.

É importante destacar, inicialmente, que o parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 31/09, acima reproduzida, tão-somente transfere a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquotas, do destinatário da mercadoria para o remetente, mas não define o seu cálculo. Também não definem a base de cálculo do imposto devido a título de diferencial de alíquotas as cláusulas terceiras e quarta do referido protocolo. Confira-se:

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço a consumidor constante na legislação do Estado de destino da mercadoria para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste protocolo.

§ 1º Em substituição ao valor de que trata o caput, a legislação do Estado de destino da mercadoria poderá fixar a base de cálculo do imposto como sendo o preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada ("MVA Ajustada"), calculado segundo a fórmula "MVA ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1", onde:

I - "MVA ST original" é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado do destinatário para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste protocolo.

II - "ALQ inter" é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único.

§ 2º Na hipótese de a "ALQ intra" ser inferior à "ALQ inter", deverá ser aplicada a "MVA - ST original", sem o ajuste previsto no § 1º.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos nesta cláusula.

Cláusula quarta O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas a consumidor final na unidade federada de destino, sobre a base de cálculo prevista neste protocolo, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação própria do remetente, desde que corretamente destacado no documento fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de remetente optante pelo regime tributário diferenciado e favorecido de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o valor a ser deduzido a título de operação própria observará o disposto na regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Registra-se que o contribuinte substituto tributário deverá observar as normas da legislação do estado de destino, no caso, do estado de Minas Gerais, conforme dispõe a cláusula oitava do Convênio ICMS nº 81, de 10/09/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária.
Examine-se:

Cláusula oitava O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Conforme mencionado, informa a Fiscalização que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02, vigente desde 01/01/16, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, visando a sua adequação ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo):

Lei nº 6.763/75

Art. 12 . As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos itens 6, 10, 11 e 12 do § 1º do art. 5º, o regulamento estabelecerá como será calculado o imposto, devido a este Estado, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

RICMS/02

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

Conveniente destacar que as discussões trazidas pela Impugnante acerca da legalidade da norma que fundamenta o lançamento fogem à competência deste Conselho de Contribuintes, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias, às quais se encontra este Órgão Julgador adstrito em seu julgamento, por força do disposto no inciso I do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75).

É incontroverso que não se está diante da majoração ou criação de exação, mas apenas adequação da forma de cálculo do diferencial de alíquotas ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75, não havendo, portanto, nenhuma ofensa às disposições da Constituição Federal de 1988 ou à LC nº 87/96, como advoga a Impugnante.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

(Destacou-se).

Vale dizer que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou, por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

Diferente do que alega a Defesa, não se verifica ofensa às disposições contidas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, inciso I):

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

É o que se extrai da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Examine-se as seguintes decisões:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO RELATIVA À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO

PRESTADOR PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NÃO REPASSADO AO USUÁRIO DO SERVIÇO. 1. A ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE FIRMOU SE NO SENTIDO DE QUE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS É O VALOR DA OPERAÇÃO, EM CUJO MONTANTE ESTÁ EMBUTIDO O PRÓPRIO TRIBUTO, SENDO QUE CABE AO PRESTADOR DO SERVIÇO RESPONDER PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO QUANDO DEIXOU DE REPASSÁ-LO AO USUÁRIO DO SERVIÇO. NESSE SENTIDO: ERESP 1.190.858/BA, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. ARI PARGENDLER, DJE DE 12.8.2013. 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(STJ - AGRG NO RESP: 1271947 BA 2011/0191905-1, RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DATA DE JULGAMENTO: 23/10/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 05/11/2014)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS: INCLUSÃO NO VALOR DA OPERAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOMADO AO PRÓPRIO TRIBUTO. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (RE 212209 / RS - RIO GRANDE DO SUL, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, REL. P/ACÓRDÃO MIN. NELSON JOBIM, J. 23/06/99, DJ 14/02/2003, P. 00060). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO.

1. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA.

2. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE ÍNDICE FIXADO PELO ESTADOMEMBRO. PRECEDENTES.

3. BASE DE CÁLCULO DO ICMS: INCLUSÃO NO VALOR DA OPERAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO SOMADO AO PRÓPRIO TRIBUTO: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 678603 AGR / SP, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, J. 25/08/2009, DJE 23/10/2009).

Nesse diapasão, conveniente registrar que o Convênio ICMS nº 93/15, *que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final não contribuinte do ICMS**, localizado em outra unidade federada* (Emenda Constitucional nº 87/15), a que se refere a Nota Técnica nº 2015.003, versão 1.70, da COTEPE, mencionada pela Impugnante, refere-se ao preenchimento da NF-E e sistemática de cálculo venda interestadual para consumidor final não-contribuinte – EC 87/2015 (CONVÊNIO ICMS 93/2015 e NT 003.2015 v. 1.70), e não se aplica à hipótese dos presentes autos.

Destaca-se que o Convênio ICMS nº 93/15 dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, matéria não versada nestes autos (destinatários mineiros referentes a estes autos são contribuintes do imposto).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015

(...)

Dispõe sobre os procedimentos a serem observados **nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS**, localizado em outra unidade federada.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 247ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 17 de setembro de 2015, tendo em vista o disposto nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e no art. 99 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição Federal, bem como nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte:

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.

(Destaques acrescidos).

Lado outro, vale dizer que o lançamento em exame encontra-se de acordo com o entendimento constante da Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 002/16, Assunto: ICMS relativo ao diferencial de alíquota após as alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 87/15 (Base legal: Seção IV do Capítulo I do Título VI da Constituição da República de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 16/04/15, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016, Convênios ICMS nºs 93/15 e 152/15, Ajuste SINIEF nº 12/15, Lei nº 6.763/75 com as alterações promovidas pela Lei nº 21.781/15 e Decreto nº 46.930/15, que alterou o RICMS/02).

Vale destacar que sua edição se deve às alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 87/15. Examine-se as disposições de tal orientação no que se refere ao caso em tela:

1.3.1. Operações interestaduais destinadas a consumidor final estabelecido em Minas Gerais, contribuinte do ICMS

a) sem benefício fiscal no destino

Nos termos do inciso I do § 8º do citado art. 43, o cálculo do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual devido a Minas Gerais, em relação às operações destinadas a consumidor final contribuinte do ICMS, em que não haja benefício fiscal concedido pelos Estados de origem e destino, será realizado da seguinte forma:

1º) **excluir do valor da operação, o valor do imposto correspondente à operação interestadual regularmente destacado no documento fiscal;**

2º) **incluir no valor acima encontrado, o valor do imposto calculado por meio da aplicação da alíquota interna a consumidor final estabelecida para a mercadoria neste Estado, inclusive o adicional de alíquota previsto no § 1º do art. 82 do ADCT, quando houver, cujo resultado corresponderá à base de cálculo do diferencial de alíquota;**

3º) **aplicar a alíquota interna a consumidor final estabelecida para a mercadoria neste Estado sobre a base de cálculo do diferencial de alíquota acima citada, inclusive o adicional de alíquota previsto no § 1º do art. 82 do ADCT, quando houver, de forma que o valor do imposto devido a este Estado será a diferença positiva entre o resultado do cálculo demonstrado e a parcela do imposto devida à unidade da Federação de origem, correspondente à utilização da alíquota interestadual.**

Quando houver a incidência do adicional de alíquota previsto no § 1º do art. 82 do ADCT (2%), denominado neste estado de Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), o valor do adicional será calculado juntamente com o ICMS relativo ao diferencial de alíquota, conforme afirmado acima.

Entretanto, o recolhimento deste adicional será realizado por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) distinto do documento referente ao recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota, nos termos do inciso II do art. 4º do Decreto nº 46.927/2015.

(Destaques acrescidos).

Esta matéria já foi analisada por este Conselho de Contribuintes, conforme decisões a seguir reproduzidas, às quais corroboram o lançamento em epígrafe:

ACÓRDÃO: 21.383/17/2ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000574780-21

IMPUGNAÇÃO: 40.010141504-25

IMPUGNANTE: USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A.
USIMINAS

IE: 313002022.01-20

PROC. S. PASSIVO: OTTO CARVALHO PESSOA DE
MENDONÇA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/IPATINGA

EMENTA ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL
DE USO E CONSUMO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL.
CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO

RESULTANTE DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL RELATIVO À DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL PELAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO/ATIVO IMOBILIZADO E ORIUNDAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75. INFRAÇÃO CARACTERIZADA TENDO EM VISTA QUE A AUTUADA NÃO OBSERVOU AS REGRAS CONTIDAS NO ART. 43, § 8º, I, DO RICMS/02, QUE DETERMINAM A FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 13, § 1º, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 13, § 15, DA LEI Nº 6.763/75 (O MONTANTE DO PRÓPRIO IMPOSTO INTEGRA A SUA BASE DE CÁLCULO) E, TAMBÉM, EM RELAÇÃO A ALGUMAS NOTAS FISCAIS, A AUTUADA, AINDA, APUROU O VALOR DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS MENOR QUE O RESULTANTE DA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA CONSIGNADA NO REGISTRO C 197 DO SPED SOBRE A BASE DE CÁLCULO CORRESPONDENTE. EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME

ACÓRDÃO: 22.321/17/3ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000573697-96

IMPUGNAÇÃO: 40.010141507-51

IMPUGNANTE: UNIGAL LTDA IE: 313991377.00-50

PROC. S. PASSIVO: OTTO CARVALHO PESSOA DE MENDONÇA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/IPATINGA

EMENTA ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO - ATIVO PERMANENTE - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RESULTANTE DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL RELATIVO À DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL PELAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO, CONSUMO E BENS DO ATIVO PERMANENTE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO II E ART. 12, § 1º DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 43, § 8º INCISO I DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Posto isso, considerando que a Impugnante deixou de recolher o diferencial de alíquotas devido nas operações de remessas de mercadorias para destinatários sediados localizados em Minas Gerais, destinadas a uso e consumo/imobilizado, na forma determinada pela legislação tributária vigente no período autuado, legítimas são as exigências fiscais de ICMS/ST (diferença ICMS/ST destacado e o devido), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da referida lei:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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;

No tocante à alegação da Defesa de que não foi observado o limitador da penalidade isolada previsto no § 4º do art. 55, vigente até 30/06/17, destaca-se que as mercadorias autuadas não são perfeitamente identificáveis, hipótese em que não se aplica o disposto no referido dispositivo legal:

Lei nº 6.763/75

Art. 55 (...)

Efeitos de 08/08/2006 a 30/06/2017

"§ 4º Na hipótese de operação sujeita ao regime de substituição tributária na qual a mercadoria possa ser perfeitamente identificável, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto a recolher ao Estado, admitidos os créditos comprovados, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação."

Destaca-se que referida exigência é inferior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite máximo das penalidades previstas no art. 55, da Lei nº 6.763/75, conforme novel § 2º do referido artigo, redação dada pela Lei nº 22.549 de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), uma vez que o imposto incidente foi no montante de R\$ 6.765.241,64 (apuração constante da mídia eletrônica de fls. 26) e a Multa Isolada exigida totaliza R\$ 2.338.734,07 (fls. 04 dos autos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à majoração das penalidades isoladas pela constatação de reincidência, destaca-se que o art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, revogou os dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que previam a referida majoração. Examine-se:

Art. 79 - Ficam revogados:

I - na Lei nº 6.763, de 1975:

(...)

e) o item 1 do § 5º e os §§ 6º e 7º do art. 53;

Dessa forma, nos termos do disposto no art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549 c/c art. 106, inciso II, alínea “a”, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), deve ser excluída a majoração da multa isolada decorrente da constatação de reincidência.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, especialmente no tocante às multas cominadas que foram corretamente exigidas conforme determina a Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força da limitação de sua competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador: I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a majoração da multa isolada, conforme disposto no art. 79 da Lei nº 22.549/17 c/c o art. 106, inciso II do CTN, nos termos do parecer da Assessoria. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Andrea Ferreira Bedran e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Geraldo da Silva Datas.

Sala das Sessões, 30 de agosto de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

P