

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.008/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000213929-15
Impugnação: 40.010123377-57
Impugnante: Cominas Comercial Minas de Baterias Ltda
IE: 062392162.00-90
Coobrigado: Transportadora Bitury Ltda.
Origem: PF/César Diamante – Pedra Azul

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADA – EXCLUSÃO. A Coobrigada, na condição de transportadora, não responde solidariamente por obrigação tributária oriunda de recolhimento incorreto do ICMS/ST em face de abatimento indevido do crédito integral do ICMS da operação própria do remetente, em razão de benefício fiscal concedido sem Convênio. Inaplicabilidade, no caso, do art. 21, inciso II, alínea “g” da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BATERIA AUTOMOTIVA – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – ABATIMENTO INDEVIDO – RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatado recolhimento a menor do ICMS/ST, pela Autuada, em função de abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de baterias automotivas, por ser o remetente das mesmas, sediado no Estado de Pernambuco, beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, contrariando a legislação de regência do imposto. Infração caracterizada nos termos dos arts. 14 e 46, Anexo XV do RICMS/02. Exigências parcialmente mantidas para restringir a cobrança da Multa de Revalidação do inciso II, art. 56 da Lei nº 6.763/75 a 50 % (cinquenta por cento) da diferença do ICMS/ST apurado no Auto de Infração, bem como adotar como carga tributária praticada na origem, o percentual de 3% (três por cento).

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de transporte de baterias automotivas, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 13982, 13983, 13984 e 13985 emitidas em 16 de maio de 2008, pela fabricante das mercadorias, estabelecida no Estado de Pernambuco, com recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária.

A Fiscalização considerou o recolhimento incorreto, em função do abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado nos documentos fiscais, em razão de o remetente ser beneficiário de incentivo fiscal concedido sem Convênio, contrariando o disposto no art. 1º e item 10.1, Anexo Único, ambos da Resolução nº 3.166/01.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se o ICMS/ST complementar e a multa de revalidação prevista no art. 56, II da Lei nº 6.763/75, relativamente ao valor integral do ICMS/ST devido.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 26 a 46, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 72 a 77.

DECISÃO

Da Preliminar

De plano, rejeita-se a prefacial de nulidade do Auto de Infração lavrado, arguida pela Impugnante, sob a alegação de existência de supostas irregularidades do referido ato, que culminariam no seu cerceamento de defesa, quais sejam:

- a) falta de indicação no Auto de Infração da forma como se chegou à base de cálculo e à alíquota de ICMS (recolhimento a menor) utilizados;
- b) inexistência do Termo de Conclusão de Fiscalização.

Quanto à primeira alegação, verifica-se a sua insubsistência, pois no próprio relatório da autuação há demonstrativo do crédito tributário que evidencia os cálculos realizados pelo Fisco, bem como a anexação de planilha de cálculo do ICMS/ST à fl. 05 do PTA.

Com relação à segunda, a Impugnante faz menção à ausência do documento “Termo de Conclusão de Fiscalização”. No entanto, não há previsão na legislação tributária para sua lavratura.

Saliente-se, ademais, que em vista de a irregularidade ter sido constatada no trânsito de mercadorias, a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal é dispensada, sendo o próprio Auto de Infração hábil para documentar o início da ação fiscal, consoante inciso I, art. 74 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Por todo o exposto, é incabível a alegação de cerceamento de defesa propugnada pela Impugnante.

Do Mérito

Inicialmente, foca-se a eleição como coobrigada da transportadora das mercadorias. O fundamento legal adotado pelo Fisco reside no art. 21, II, “g” da Lei nº 6.763/75, a saber:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

II - os transportadores:

(...)

g) em relação a mercadoria transportada com documento fiscal desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, sem destaque do imposto retido ou com destaque a menor do imposto devido a título de substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação às hipóteses relativas ao destaque do ICMS/ST, no caso em tela, verifica-se inexistir essa obrigação com relação à emitente dos documentos fiscais, posto que o Estado de Pernambuco foi excluído do Protocolo ICMS nº 36/2004, posteriormente denunciado pelo Protocolo ICMS nº 41/2008.

No que se refere à ausência do comprovante de recolhimento do imposto, não obstante o Fisco informar que os recolhimentos efetuados por meio da GNRE de fl. 16 só foram efetivados mediante sua interpelação, o fato é que os pagamentos mencionados ocorreram na mesma data da passagem da carga no Posto Fiscal localizado em Divisa Alegre, município fronteiro do Estado, não havendo como sustentar que houve infringência ao disposto no inciso II, *caput* c/c § 6º, ambos do art. 46, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Ademais, o início da ação fiscal, no caso em comento, foi documentado por meio do Auto de Infração, nos termos do inciso I, art. 74 do RPTA, posteriormente, portanto aos recolhimentos aludidos.

Conforme a imputação fiscal e a instrução dos autos, houve a constatação de recolhimento a menor do ICMS/ST em função de abatimento indevido do crédito integral do ICMS da operação própria do remetente, em vista do disposto na Resolução nº 3.166/01, não sendo a responsabilidade solidária do transportador expressamente prevista nessa hipótese, conforme exigência determinada pelo inciso II, art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN), sendo necessário expurgar a Coobrigada do pólo passivo da autuação em comento.

A Autuada alega que não possuía a obrigação do recolhimento adicional em razão de a operação ocorrer sob cláusula CIF, e que portanto não seria responsável pelos procedimentos previstos na legislação, até o recebimento do produto em seu estabelecimento. No entanto, a responsabilidade da Impugnante pela apuração e recolhimento do ICMS/ST decorre do disposto no § 9º, art. 22 da Lei nº 6.763/75 c/c art. 14, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, não sendo admitido o afastamento de responsabilidade expressamente prevista na legislação tributária com base em convenção particular, consoante previsão do art. 123 do CTN:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

A Impugnante argumenta ainda que a remetente das baterias automotivas não goza do referido benefício fiscal, tendo em vista que o decreto pernambucano referido no item 9, Nota 29, Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 contempla apenas baterias estacionárias. Nesse ponto, cabe tecer algumas considerações.

Os benefícios fiscais relativos ao ICMS somente podem ser concedidos por meio de convênios celebrados entre as unidades da Federação (Estados e Distrito Federal) no âmbito do CONFAZ, conforme dispõe o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição da República; a Lei Complementar nº. 24/75, art. 1º; a Lei Estadual nº. 6763/75, art. 28, § 5º; e o art. 62, § 1º do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, qualquer benefício fiscal concedido unilateralmente por determinada unidade da Federação não obriga a unidade de destino do produto ou serviço a suportar o crédito do ICMS correspondente ao incentivo. A Resolução nº 3.166/01 tem caráter informativo, relacionando em seu Anexo Único, como exemplos, os benefícios concedidos por algumas unidades da Federação. No entanto, independentemente de sua edição, qualquer benefício concedido em desacordo com a legislação acima citada deverá ser desconsiderado pelo contribuinte mineiro.

Nesse sentido, o Estado de Pernambuco, por meio dos Decretos nºs 21.134/98 e 23.336/01 (fonte: www.alepe.pe.gov.br), concedeu ao remetente das mercadorias o benefício fiscal informado no item 10.1, Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, relativamente às baterias automotivas, estando essa informação inclusive relacionada no item 3 da nota 28 do anexo citado, *in verbis*:

Nota 28: Relação das cadeias produtivas e dos seus respectivos produtos sujeitos à concessão do benefício fiscal:

(...)

3) ELETROELETRÔNICA: disjuntores residenciais e industriais; interruptores, tomadas e outros produtos de seccionamento e proteção de circuitos elétricos; cabos, chicotes, fios, condutores elétricos; acumuladores e **baterias automotivas**; pilhas e baterias especiais; lâmpadas, térmicos "starters", reatores, resistores e capacitores; canhões eletrônicos; disquetes, discos e fitas magnéticas; equipamentos eletroeletrônicos e optoeletroeletrônicos.

Ressalte-se que o documento juntado ao PTA pela Impugnante, às fls. 64 a 67, como forma de comprovação de que o benefício fiscal teria sido extinto em abril de 2002 não se refere a incentivo fiscal, conforme bem observado pelo Fisco em sua Manifestação Fiscal, mas sim a um contrato de empréstimo entre a fabricante de baterias e o Banco do Estado de Pernambuco S/A, e que possui como referência o ICMS efetivamente recolhido pelo contribuinte pernambucano.

Portanto, correta a constatação do Fisco de recolhimento a menor do ICMS/ST em face do abatimento de seu valor com base em imposto indevidamente destacado nos documentos fiscais de remessa das mercadorias, por afrontar as disposições já mencionadas da Constituição de 1988, da Lei Complementar nº 24/75, bem como da Lei nº 6.763/75.

Saliente-se que o item 10.1 da Resolução 3.166/01 informa que o crédito admitido nas operações nele previstas varia entre 1,8% e 3%, com a informação adicional na Nota 26 de que os estabelecimentos localizados nos municípios não integrantes da região metropolitana de Recife gozam do crédito presumido no valor de 85%, o que implica na carga tributária efetiva de 1,8% nas remessas para Minas Gerais. Contudo, a referida nota não versa sobre as operações específicas com baterias automotivas realizadas pelo fabricante Acumuladores Moura S/A, tendo em vista que o Decreto nº 23.336/01 publicado pelo Estado de Pernambuco determina, em seu art. 2º,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inc. V, a variação da carga tributária efetiva entre 1,8% ou 3%, de acordo com o decurso do prazo de vigência do benefício.

Assim, não estando demonstrado nos autos o efetivo *quantum* do benefício fiscal usufruído pelo remetente, aplica-se o disposto no inciso II, art. 112 do CTN, a saber:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

Pelo exposto, deve-se aplicar o percentual de 3% sobre a base de cálculo praticada na origem para fins de abatimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais.

No que tange à multa de revalidação prevista no inciso II, art. 56 da Lei 6.763/75, o Fisco cobrou-a inclusive sobre o valor do ICMS/ST recolhido em GNRE pelo Contribuinte, sob a alegação de que tratou-se de recolhimento intempestivo do imposto em razão de seu pagamento ter se efetivado mediante a interpelação da Fiscalização. Entretanto, cabe destacar que a multa de revalidação cobrada no Auto de Infração somente é cabível na hipótese de ocorrência de ação fiscal, nos seguintes termos:

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

(...)

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.

O início da ação fiscal na fiscalização de trânsito de mercadorias, quando não lavrado Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos, é documentado pelo Auto de Infração, conforme previsão do inciso I, art. 74 do RPTA, *in verbis*:

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o **Auto de Infração documentará o início da ação fiscal**, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, **bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias**;

Esse dispositivo regula o cumprimento da exigência prevista no art. 196 do CTN, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Desse modo, como no caso em tela não foi lavrado previamente nenhum outro documento hábil para formalização do início da ação fiscal, somente é cabível a cobrança da Multa de Revalidação do inciso II, art. 56 da Lei 6.763/75 sobre o ICMS/ST cobrado no próprio lançamento, ora julgado. Destarte, deve-se restringir a MR a 50% (cinquenta por cento) do valor da diferença de ICMS/ST apurada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: a) excluir o coobrigado do pólo passivo; b) adotar como carga tributária praticada na origem, o percentual de 3% (três por cento); c) restringir a MR a 50% (cinquenta por cento) do valor da diferença de ICMS/ST apurada. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Breno Frederico Costa Andrade.

Sala das Sessões, 28 de janeiro de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

Rwlc/ml