

Acórdão: 3.979/12/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000427905-70
Recurso de Revisão: 40.060132771-32
Recorrente: Standard Tyres Indústria e Comércio de Borrachas e Polímeros
CNPJ: 07.607884/0001-96
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Laiz Travizani Júnior/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - DF

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de imposto por substituição tributária em virtude de se tratarem os produtos constantes do documento fiscal de bandas de rodagem e não de protetores de borracha, portanto, não sujeitos à aplicação do ICMS/ST, embora ambos estejam classificados no mesmo código NBM/SH. Restou evidenciado que os produtos descritos no documento fiscal em questão, de fato, se referem a bandas de rodagem, devendo, defere-se a restituição pleiteada. Reformada a decisão anterior. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido, por maioria de votos.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

Conforme documento de fls. 02/06 a Standard Tyres Indústria e Comércio de Borrachas e Polímeros, solicitou a restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST, em virtude de ter sido autuada e recolhido referido imposto, em decorrência de estar transportando produtos de sua fábrica situada na Cidade de Feira de Santana, Estado da Bahia, para o Estado de Minas Gerais sem o destaque do ICMS/ST.

Do Indeferimento

Conforme parecer de fls. 43/44 o Pedido de Restituição foi indeferido pois, no entendimento da Fiscalização, não seria mais possível opinar “*sobre a legalidade da DAF emitida no Posto Fiscal sem termos conferido a mercadoria que estava sendo transportada no momento da autuação.*”

Da Decisão Recorrida

Apreciando o lançamento, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 06 de setembro de 2012, pelo voto de qualidade, julgou improcedente a impugnação. Na oportunidade ficaram vencidos os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (relator) e Eduardo de Sousa Assis (revisor), que a julgavam procedente.

Do Recurso de Revisão

Inconformada com a decisão a Requerente apresenta, por procurador regularmente constituído, Recurso de Revisão de fls. 160/168, em resumo, aos argumentos seguintes:

- no caso concreto, vê-se da própria ementa que a decisão foi tomada pelo voto de qualidade, o que o enseja trânsito ao presente recurso;

- dentre outros, comercializa para o Estado de Minas Gerais, o produto Banda de Rodagem, utilizado em empilhadeiras e veículos industriais em geral, classificado na posição da NCM/SH sob n.º 4012.90.90, produto este também conhecido e denominado como "bandagens sólidas resistentes; pneus maciços";

- embora a SUTRI tenha respondido às Consultas de Contribuinte n.ºs 177/99 e 025/11, esta em grau de recurso, atestando que o produto em questão, não está submetido ao regime de substituição tributária do ICMS, os documentos anexos aos pedidos de restituição cujo indeferimento ora é atacado, de recolhimento do ICMS com penalidades e notas fiscais de sua emissão, comprovam o fato de que foi compelida coercitiva e equivocadamente pela Fiscalização de fronteira do Estado de Minas Gerais, que enquadrou as "bandagens sólidas" no regime de substituição tributária e lhe exigiu o pagamento antecipado de ICMS por meio de Autos de Infração;

- na reformulação contida no recurso apresentado em relação à primeira resposta dada pela SUTRI, à sua Consulta n.º 025/2011, ficou claro e inquestionável que a substituição tributária prevista no subitem 4.5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 aplica-se aos protetores de borracha classificados no código 4012.90.90 da NBM/SH, não se aplicando às bandas de rodagem classificadas no mesmo código, que é seu produto específico;

- ficou claro que a Autoridade Fazendária exigiu tributo indevido;

- parece que a Autoridade que indeferiu os pedidos de restituição sequer leu com a atenção devida nem a resposta ao recurso apresentado contra a primeira resposta da Consulta n.º 025/11 e nem tampouco se deu conta de que a matéria julgada no Acórdão n.º 19.557/10/3ª, não cuidou de bandas de rodagem, mas sim de pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, estes sim, sujeitos à substituição tributária;

- cita o Convênio ICMS 85/93 afirmando que sua Cláusula Primeira refere-se de forma clara às operações realizadas 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;

- as Bandas de Rodagem Amovíveis, também chamadas de bandagens ou pneus maciços, embora estivessem classificadas, na época em que celebrado o referido Convênio, no mesmo código da NCM/SH em que classificados estes últimos, não são alcançadas, no entendimento da SUTRI, pelo regime de substituição tributária;

- se fosse a intenção do legislador submeter ao regime de substituição tributária não somente os protetores de borracha, classificados na posição 4012.90.90, com certeza os teria nomeado, já que a posição que alberga "outros" obviamente refere-se a vários, ou todos os demais produtos, além dos protetores;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- para dirimir quaisquer dúvidas sobre o assunto e demonstrar a diferença entre protetores de borracha e bandagens amovíveis ou sólidas juntou, por ocasião da elaboração da Consulta n.º 025/11, vasto material, como consulta respondida pela Receita Federal do Brasil, resposta da SEFAZ/BA onde afirma que o referido produto não está sujeito à substituição tributária;

- cita entendimentos da Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (Parecer n.º 96029/96) e da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Rondônia através do Parecer 074/96/DITRI/CRE/SEFAZ;

- somente quem jamais lidou diretamente com o Fisco nos postos fiscais de fronteira, ou mesmo nas fiscalizações volantes, pode acreditar que basta solicitar que seja lavrado Auto de Infração para discussão posterior da matéria, e que o Auditor irá atender ao contribuinte e lavrar a peça fiscal;

- o que ocorre são ameaças e pressões de todas as formas e retenção do veículo fora de hora, sendo que a questão somente se resolve pagando, ou então, que se desloque um advogado até o local da abordagem, que, no caso concreto, ocorreu a mais de 500 km (quinhentos quilômetros) da Capital, para impetrar mandado de segurança;

- em nenhum momento o Fisco identificou a mercadoria; não constatou a divergência de descrição ou nomenclatura;

- se tivesse identificado, certamente teria desclassificado o documento fiscal e considerado as mercadorias desacobertas de documento fiscal, já que das notas fiscais constava claramente Band Sólido K2 Branco; ou Band Sólido K2 Branco, ao invés de "protetores de borracha", como entendeu o Auditor;

- cita o art. 149, inciso III do RICMS/02;

- em momento algum o Auditor Fiscal afirmou que não se tratava de bandagens sólidas, apenas entendendo que, por constar a classificação fiscal 4012.90.90, era o bastante para impor à obrigação de recolher a substituição tributária;

- é indubitável, que o Fiscal que lavrou a autuação sequer se deu ao trabalho de identificar ou desclassificar o produto que estava sendo transportado, preocupando-se apenas e tão somente com o fato de que se sua classificação era a mesma de protetores e pneumáticos, estava, também, obrigado à substituição tributária.

Ao final, requer seja seu recurso conhecido e provido.

Da Instrução Processual

O processo esteve em pauta na Câmara Especial quando, nos termos da Portaria n.º 04/01, foi retirado de pauta deferindo-se pedido de vista da Conselheira Maria de Lourdes Medeiros. Na oportunidade ficaram proferidos os votos dos Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Fernando Luiz Saldanha (Revisor), José Luiz Drumond e Antônio César Ribeiro que lhe davam provimento e André Barros de Moura, que lhe negava provimento.

Neste julgamento, pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Laiz Travizani Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise, em sede recursal, do indeferimento do pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS/ST, em virtude de autuação e recolhimento do referido imposto, em decorrência de transporte de produtos sem o destaque do ICMS/ST.

Da Preliminar

Cumpra analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

I - quando a decisão da Câmara de Julgamento resultar de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente;

.....
§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico ou a que resulte em declaração de nulidade do lançamento;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada pelo órgão julgador estabelecida nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975

.....

Pela leitura e análise do texto acima transcrito em confronto com a decisão consubstanciada no Acórdão 19.798/12/2ª, ora recorrida, verifica-se ser cabível o presente recurso, uma vez que a decisão foi tomada pelo voto de qualidade, adequando-se, perfeitamente, aos ditames do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se ainda que a decisão não se enquadra em nenhuma das vedações constantes do § 1º do citado art. 163, pois não trata de questão preliminar ou de concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal.

Diante disso, encontra-se atendida a condição prevista no inciso I do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, devendo ser conhecido o presente Recurso de Revisão por configurados seus pressupostos de admissibilidade

Do Mérito

Trata o presente processo de um pedido de restituição de ICMS/ST, em 22 de agosto de 2011, por entender a ora Recorrente ter havido recolhimento indevido, relativamente à Nota Fiscal Eletrônica n.º 001062, de 12 de janeiro de 2010.

O Fisco, em parecer de fls. 43/44, indefere o pleito e a Requerente, tempestivamente e por intermédio de procurador, apresenta a Impugnação contra a qual é apresentada a manifestação fiscal.

Importante destacar que a Recorrente, tem por objeto social a fabricação e comercialização de bandagens sólidas de borracha; de pneumáticos de borrachas; recuperação e comercialização de artefatos diversos de borracha, de plásticos, de poliuretano, de rodas industriais de aço, ferro e polia reta; locação de máquinas e equipamentos industriais, novos ou usados, importação e exportação de produtos correlatos, incluindo pneus (pneumáticos, sólidos, resilientes, bandas de rodagem, plásticos e outros, câmaras de ar e protetores, reciclagem de borrachas, pneus e poliuretano, conforme destacado em seu recurso (fl. 161).

Destaca a Recorrente que dentre outros produtos, comercializa para o Estado de Minas Gerais, o produto “Banda de Rodagem”, utilizado em empilhadeiras e veículos industriais em geral, classificado na posição da NCM/SH sob nº 4012.90.90 (antiga posição 4012.90.0000), produto este também conhecido e denominado como "bandagens sólidas resistentes; pneus maciços”.

Embora o Estado de Minas Gerais tenha respondido à Consulta de Contribuinte n.º 177/99, além da Consulta da própria Impugnante, de n.º 025/11, esta em grau de recurso, atestando que o produto em questão, não está submetido ao regime de substituição tributária do ICMS, a ora Recorrente, conforme comprovam os documentos anexos aos pedidos de restituição ora analisado em grau de recurso, recolheu o ICMS com penalidades no momento da autuação.

Não há que se perquirir, neste momento, os motivos que levaram a ora Recorrente a promover o recolhimento do imposto naquela oportunidade. O próprio pedido de restituição existe porque, em algum momento, o contribuinte entendeu, seja por qual motivo for, correto o recolhimento do tributo, mas, posteriormente, verificou ter cometido erro em relação àquele recolhimento e, portanto, pede sua restituição. Assim, só há razão para existência de pedido de restituição porque houve um recolhimento anterior que, somente após verificação, se constatou equívocado.

No caso dos autos, a ora Recorrente até mesmo formulou consulta ao Fisco para verificar se seria ou não devido o imposto por substituição tributária. Foi

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exatamente a resposta à consulta que atestou a impropriedade do recolhimento anteriormente feito.

Demonstra a Recorrente, que em relação à primeira resposta a sua Consulta n.º 025/11, ficou claro e inquestionável que a substituição tributária prevista no subitem 4.5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 aplica-se aos protetores de borracha classificados no código 4012.90.90 da NBM/SH, não se aplicando às “Bandas de Rodagem” classificadas no mesmo código, que é o produto específico da ora Recorrente.

Veja-se a ementa da referida resposta:

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA -INAPLICABILIDADE - BANDAS DE RODAGEM- O regime de substituição tributária previsto no subitem 4.5 da Parte 2 da Anexo XV do RICMS/02 aplica-se aos protetores de borracha classificados no código 4012.90.90 do NBM/SH, não se aplicando às bandas de rodagem classificadas no mesmo código.

Ademais, em um trecho da resposta a esta mesma consulta é destacado que:

A aplicação da substituição tributária estabelecida no Anexo XV do RICMS/02 tem por condições cumulativas encontrar-se o produto classificado em um dos códigos NBM/SH relacionados na Parte 2 desse Anexo e enquadrar-se na descrição contida no respectivo subitem.

.....
Considerando-se os produtos classificados no código 4012.90.90, a substituição tributária aplica-se apenas aos protetores de borracha, em respeito à descrição do subitem 4.5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, não se aplicando às bandas de rodagem para pneumáticos.

Com isto, ficou claro que a Autoridade Fazendária exigiu tributo indevido, motivo pelo qual, a Contribuinte apresentou os pedidos próprios de restituição do que pagou indevidamente que, como já relatado, foram indeferidos pelo Fisco.

Importa frisar que, em relação à resposta a consulta não há divergência entre as partes do processo e nem mesmo na decisão recorrida.

Neste sentido, transcreve-se parte do acórdão recorrido, a saber:

DE FATO, O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEF/MG, CONFORME EVIDENCIA A CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 25/11, REFORMULADA EM 24/03/11, CUJA CONSULENTE É A PRÓPRIA AUTUADA, É DE QUE O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO SE APLICA ÀS BANDAS DE RODAGEM CLASSIFICADAS NO MESMO CÓDIGO NBM/SH DOS PROTETORES DE BORRACHA, DE ACORDO COM A EMENTA ACIMA TRANSCRITA.

Contudo, na mesma linha adotada pelo Fisco, a decisão recorrida, chega à conclusão que não é possível determinar se as mercadorias transportadas no momento da autuação seriam bandas de rodagem, tendo em vista a descrição na nota fiscal.

Claro é, portanto, que as bandas de rodagem amovíveis, também chamadas de bandagens ou pneus maciços, sendo produtos distintos dos protetores de borracha,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

embora estivessem classificadas, à época em que foi celebrado o referido Convênio, no mesmo código da NCM/SH em que estavam classificados estes últimos (4012.90.000), não são alcançadas, no entendimento da própria SUTRI, pelo regime de substituição, por não estarem mencionados de forma expressa na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n.º 85/93, como ocorre com demais produtos.

Caso fosse a intenção do legislador submeter ao regime de substituição tributária outros produtos classificados na posição 4012.90.90, com certeza os teria nomeado, já que a posição que alberga "outros" obviamente refere-se a vários, ou todos os demais produtos.

Com efeito, se os Estados, ao celebrarem o referido convênio, tivessem a intenção de atingir todos os produtos classificados no código NCM/SH 4012.90.0000, tais como protetores, bandas de rodagem para pneumáticos e "flaps" de borracha, teriam mencionado cada um deles individualmente, ou então referir-se de forma genérica, aos produtos classificados no código 40.12.900011.

Cingindo-se então, o convênio, a incluir pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, incontestavelmente excluiu todos os outros, como é o caso das bandas de rodagem amovíveis ou sólidas.

Para chegar este raciocínio, importante verificar o conteúdo da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 85/93, a saber:

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.

Conforme se pode verificar, a Cláusula Primeira do Convênio acima transcrito, refere-se de forma clara às operações realizadas 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 (atual código 4012.90.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH).

Assim, as Bandas de Rodagem Amovíveis, também chamadas de bandagens ou pneus maciços, sendo produtos distintos dos Protetores de Borracha, embora estivessem classificadas no mesmo código da NCM/SH em que classificados estes últimos, não são alcançadas pela exigência do recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Em relação à discussão posta quanto aos produtos transportados no momento da autuação e se estes seriam exatamente aqueles objeto da resposta à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consulta, crucial verificar que a Recorrente, por ocasião da providência determinada pela Câmara *a quo*, demonstrou a diferença entre protetores de borracha e bandagens amovíveis ou sólidas anexando aos autos vasto material.

Confrontando-se o material juntado pela Recorrente (fls. 95/114) com os produtos descritos na NFE n.º 001062 de fl. 11, que motivou o pagamento do ICMS/ST ora discutido, verifica-se que a descrição dos produtos está em consonância com os catálogos da empresa que demonstram tratarem-se de bandas de rodagem amovíveis.

Veja-se os produtos descritos na citada nota fiscal, todos enquadrados na NCM/SH 4012.90.90:

- “watts k2 preto” (700x12 ou 28,9x15);
- “watts SC preto” (600x9 ou 650x10 ou 700x12 ou 28,9x15);
- “watts duramatic preto” (650x10 ou 700x12 ou 28,9x15); e
- “solitec limpet preto” (18x7x8).

Desta forma, deve ser deferida a restituição pleiteada uma vez ter restado comprovado nos autos que os produtos transportados não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Em razão da aplicação da Portaria n.º 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 30/11/12. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura e Maria de Lourdes Medeiros, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Participaram do julgamento, além das signatárias, e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor), Antônio César Ribeiro e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 07 de dezembro de 2012.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora