

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.175/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000174003-31
Impugnação: 40.010132678-50
Impugnante: Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda
IE: 001780385.00-06
Proc. S. Passivo: Marlen Pereira de Oliveira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a falta de retenção tendo como consequência falta de recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no Estado de Santa Catarina, na condição de substituta tributária, conforme previsão em Convênio e Protocolos de ICMS, nas operações de remessa de mercadorias a este Estado. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no inciso II e § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g” do RICMS/02, adequada nos termos do § 4º do mencionado dispositivo da Lei nº 6.763/75, de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a retenção a menor tendo, como consequência, o recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no Estado de Santa Catarina, na condição de substituta tributária, conforme previsão em Convênio e Protocolos de ICMS, nas operações de remessa de mercadorias a este Estado. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no inciso II e § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no inciso VII, alínea “c” do art. 55 do citado diploma legal, majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária nas remessas de mercadorias efetuadas pela Autuada, contribuinte substituto tributário por força do Convênio ICMS 110/07 e dos Protocolos ICMS 193/09, 195/09, 196/09 e 198/09, destinadas a contribuintes mineiros, no período de maio de 2010 a dezembro de 2011.

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, I, da Lei nº 6.763/75 e das Multas Isoladas previstas na citada lei, art. 54, inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g” do RICMS/02, pela acusação de falta de retenção/recolhimento do ICMS/ST e a capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, pela acusação de retenção/recolhimento a menor do ICMS/ST.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 224/254 e junta os documentos de fls. 264/373.

O Fisco manifesta-se às fls. 378/416 e reformula o crédito tributário, acatando parcialmente as alegações da Defesa (fls. 417/426), e refuta as demais alegações apresentadas.

Devidamente intimada, a Autuada manifesta-se às fls. 432/449, contra o que o Fisco de manifesta-se às fls. 454.

O crédito tributário é reformulado novamente às fls. 455/456.

Devidamente intimada, a Autuada manifesta-se novamente às fls. 464/481, contra o que o Fisco manifesta-se às fls. 487.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 491/507, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, pelo indeferimento do pedido de perícia. No mérito, pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 417/426 e 455/456.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas adaptações.

Das Preliminares

Inicialmente, a preliminar arguida de nulidade do Auto de Infração em razão da falta dos requisitos essenciais, não merece prosperar.

Cumprido destacar que a forma a ser cumprida pelo lançamento que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Insta mencionar que no relatório do Auto de Infração e no relatório fiscal está esclarecido o procedimento fiscal que resultou na identificação da acusação fiscal, o período autuado, a legislação infringida e as penalidades cominadas. Já no Anexo 6 (fls. 64/211 com as exclusões efetuadas às fls. 417/419) consta a relação de todas as notas fiscais para as quais há exigência fiscal nos presentes autos, bem como cálculo detalhado do imposto e das penalidades exigidos.

Dessa forma, no caso dos presentes autos a Autuada compreendeu a acusação formulada no lançamento e, desenvolveu plenamente a defesa, não restando configurada a hipótese de cerceamento de defesa.

Ressalte-se que o fato de constar nos autos apenas amostragem dos DANFES referentes às exigências fiscais não tem o condão de macular o lançamento em análise, como entende a Defesa, uma vez que os documentos fiscais eletrônicos, ora autuados, são emitidos por ela própria, a quem compete a guarda desses arquivos.

Ademais, a acusação fiscal foi constatada por meio de análise efetuada pelo Fisco nos documentos fiscais emitidos pela Autuada assim, prescinde da aplicação da norma antielisiva regulamentada pelo art. 83 e 84 do RPTA e, sequer trata-se de presunção fiscal ou embasa-se em arbitramento, como tangenciado pela Defesa.

Mencione-se, ainda, que o equívoco efetuado no relatório fiscal referente ao período fiscalizado não tem o condão de macular o lançamento, como entende a Impugnante.

Por estes fatos e fundamentos, a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e, promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, tendo sido plenamente atendidos todos os comandos previstos na Lei nº 13.515/00 – Código de Defesa do Contribuinte.

Da análise do Auto de Infração em apreciação, em face das normas acima transcritas, verifica-se que atende a todos os requisitos impostos pela legislação, portanto afasta-se a nulidade arguida.

Do Mérito

Trata o lançamento sobre a falta de retenção/recolhimento e retenção/recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária nas remessas de mercadorias efetuadas pela Autuada, contribuinte substituto tributário por força do Convênio ICMS 110/07 e dos Protocolos ICMS 193/09, 195/09, 196/09 e 198/09, destinadas a contribuintes mineiros, no período de maio de 2010 a dezembro de 2011.

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, I, da Lei nº 6.763/75 e das Multas Isoladas previstas na citada lei, art. 54, inciso VI, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “g” do RICMS/02, pela acusação de falta de retenção/recolhimento do ICMS/ST e a capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, pela acusação de retenção/recolhimento a menor do ICMS/ST.

O detalhamento do cálculo do ICMS/ST exigido, bem como os dados do destinatário da mercadoria (inscrição estadual, razão social, CNAE e respectiva descrição) encontram-se no Anexo VI “Demonstrativo de Apuração do ICMS Devido por Substituição Tributária relativo ao Período Fiscalizado” fls. 65/211.

O Fisco, acatando parcialmente as alegações da Defesa, reformulou o crédito tributário (Termo de Reformulação do Crédito Tributário de fls. 417/419 e DCMM de fls. 420/422) excluindo as seguintes exigências (fls. 423/426):

- exclusão das exigências referentes ao produto pulverizador - NCM 8424.81.11;
- exclusão das exigências referentes ao DANFE anexado às fls. 303 e 304, tendo em vista que o destinatário é detentor de regime especial de tributação que lhe atribui a responsabilidade pela retenção/recolhimento do imposto;
- exclusão das exigências referentes aos documentos fiscais relacionadas no documento de fls. 311, uma vez que eles foram cancelados;

- exclusão de todas as exigências referentes ao item 5.3 (falta de recolhimento do ICMS/ST retido) do relatório fiscal, tendo em vista a apresentação, pela Autuada, do documento anexado às fls. 317, no qual constatou-se que todas as notas fiscais relacionadas em tal documento tiveram o ICMS/ST destacado recolhido, ou foram canceladas ou referem-se a notas fiscais de devolução;

- exclusão de todos os itens relativos às Notas Fiscais n^{os} 7621, 15821, 66336 e 68221, citadas nas informações complementares das Notas Fiscais de devolução de mercadorias n^{os} 11593, 22304; 70970 e 72032, e das Notas Fiscais de devolução n^{os} 74160 (fls. 305) e 90090.

Às fls. 455/459 o crédito tributário foi novamente reformulado para adequar a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n^o 6.763/75 ao limitador, duas vezes e meia o valor do imposto, previsto no § 4^o do mencionado dispositivo, incluído pela Lei n^o 20.540/12, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Ressalte-se, de início, que o Sujeito Passivo faz pedido de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1^o, inciso I do RPTA:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

§ 1^o Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial, bem como a diligência requerida, são totalmente desnecessárias para o deslinde da questão posta, uma vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para aplicação ao caso concreto do tratamento legal pertinente à matéria.

A maior parte das exigências fiscais referentes à acusação fiscal de retenção/recolhimento a menor de ICMS/ST deve-se à utilização indevida pela Autuada da redução da base de cálculo do imposto prevista no Convênio ICMS 52/91.

Constata-se também a retenção/recolhimento a menor de ICMS decorrente de aplicação de percentuais de Margem de Valor Agregado (MVA) em desacordo com a legislação.

Nas impugnações apresentadas alega a Impugnante que:

- em nenhum momento o Fisco apontou qualquer incorreção na classificação fiscal das mercadorias constante nos documentos fiscais autuados;

- os produtos autuados fazem jus à redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 por estarem nele relacionados, bem como no item 16, da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 (itens 10.1, 20.2, 56.4 e 56.5 da Parte 4 do mencionado Anexo);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a interpretação restritiva efetuada pelo Fisco mineiro não deve prevalecer, uma vez que a legislação aplicada não efetuou tais ressalvas;

- este Conselho de Contribuintes tem se posicionado no sentido de previamente verificar a real finalidade e características dos produtos para classificá-los como de uso doméstico ou industrial, procedimento que discorda;

- detém uma linha de equipamentos doméstica para atender o consumidor comum, com características bem distintas de seus equipamentos industriais.

Informa, ainda, que solicitou laudo técnico (doc. de fls. 264/288) com intuito de classificar os equipamentos por ela comercializados como industrial ou doméstico, apresentando distinções técnicas visando demonstrar as diferenças entre os equipamentos domésticos e industriais/profissionais (aparadores de grama e roçadeiras, hidrolavadeira de alta pressão e alta vazão, soprador e sugador de folhas, podadores de cerca viva, bombas para água).

Como se observa, para o deslinde da questão examinada, deve-se estabelecer se os produtos em questão, comercializados pela Impugnante, identificado nas notas fiscais por ela emitidas, são alcançados ou não pela aludida redução da base de cálculo.

Registre-se, inicialmente, que os Estados signatários do Convênio ICMS 52/91, foram autorizados a conceder redução de base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, a saber:

CONVÊNIO ICMS 52/91

Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 64ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 26 de setembro de 1991, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte CONVÊNIO

Nova redação à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos a partir de 01.08.00.

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

(...)

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

(...) (grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 estabelece as hipóteses de redução da base de cálculo do imposto, a que se refere o art. 43 da Parte Geral. Já o item 16 do citado Anexo IV trata da aplicação de tal benefício às saídas de “máquinas, aparelhos e equipamentos **industriais**”, relacionados na Parte 4 do referido Anexo, então relacionado com a cláusula primeira do Convênio ICMS 52/91.

Ressalte-se que a Impugnante entende que os produtos autuados encontram-se relacionados nos seguintes itens da Parte 4 do Anexo 1 do RICMS/02:

<u>Item</u>	<u>descrição</u>	<u>NBM/SH</u>
(...)		
10.1	Eletrobombas submersíveis	8413.70.10
20.2	Máquinas e aparelhos de desobstrução de tubulação ou de limpeza, por jato de água	8424.30.10
56.4	Serra de corrente	8467.81.00
56.5	Outras ferramentas com motor elétrico ou não elétrico incorporado, de uso manual.	8467.29 8467.89.00

O Fisco juntou aos autos a descrição técnica dos produtos autuados conforme pesquisa realizada no *site* da Impugnante (fls. 39/63), tendo sido reproduzidos os seguintes dados dos equipamentos autuados na manifestação fiscal:

- “*as lavadoras de alta pressão são ideais para lavação de pequeno e médio porte, para limpeza de pisos, fachadas, muros, veículos e equipamentos diversos*”, transcrição de parte dos dados técnicos das lavadoras de alta pressão EL-1600i e EL-1700i, fls. 58 e 59 dos autos; “*Ideal para lavação de pequeno, médio e grande porte, uso residencial, predial, lavajatos, lavação de carros, peças, aviários e demais aplicações*”, transcrição de parte dos dados técnicos da lavadora de alta vazão EL-400V/EL-500V, fls. 60 dos autos; “*Soprador/Sugador de Folhas*”, transcrição de parte dos dados técnicos dos sopradores GSF-2000, GSF-3300, às fls. 58 dos autos.

Conclui o Fisco que tais produtos, lavadoras e sopradores, NCMs 8424.30.10 e 8467.29.99, não podem ser considerados como máquinas ou aparelhos industriais, pois, eles se destinam a limpeza e não, propriamente, ao uso industrial.

- “*Utilizada em poços profundos a partir de 4*”, para bombeamento de águas subterrâneas, irrigação, abastecimento de cisternas e demais aplicações onde se faz necessário o bombeamento de água isenta de sólidos em suspensão.” transcrição de parte dos dados técnicos das motobombas submersas ESUB-4, fls. 61 dos autos; “*Utilizada em bombeamento de água com sólidos em suspensão em rios, lagoas, esgotamento de garagens, caixas d’água, drenagem de sistemas, valas, rebaixamento de lençol freático, etc. ...*”. transcrição de parte dos dados técnicos das motobombas submersíveis MBC-SUB 22/2 / 22/3, fls. 62 dos autos; “*Ideal para uso em cisternas, caixas d’água e bombeamento de água limpa, possui grade de proteção que impede a passagem de sólidos, chave boia incorporada no motor e cabo com comprimento de 10 metros,...*” transcrição de parte dos dados técnicos das motobombas submersíveis para água limpa MBC-SUB, fls. 63 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui ainda, que os produtos motobombas, NCM 8413.70.10, não podem ser considerados como máquinas ou aparelhos industriais, pois eles se destinam a irrigação e bombeamento de água e não, propriamente, ao uso industrial.

Relativamente aos produtos aparadores de grama, aparadores de canto, roçadeiras e podadores, motosserra etc, classificados nas NCMs 8467.29.99, 8467.89.00 e 8467.81.00, alega a Fiscalização que tais equipamentos são destinados à jardinagem ou ao uso agrícola, sendo que no Anexo I do Convênio ICMS 51/92 estão listadas as máquinas e os aparelhos industriais e não os agrícolas, uma vez que estes estão relacionados no Anexo II do mencionado convênio.

Ressalta o Fisco que os produtos com classificação fiscal na posição da NCM 8433 têm direito à redução da base de cálculo prevista na cláusula segunda do convênio (equipamentos agrícolas). Entretanto, o legislador entendeu por bem não incluir os produtos da posição NCM 8467 no rol produtos listados no Anexo II do citado convênio.

Completa o Fisco que os produtos da posição da NCM 8467 comercializados pela Autuada são produtos agrícolas. Portanto, não constam no Anexo I porque não são industriais e, não foram listados no Anexo II, assim não fazem jus a nenhum benefício fiscal constante no Convênio ICMS 52/91.

Relata ainda, que a Autuada também produz e comercializa os produtos classificados na posição NCM 8433 mas, tais produtos não foram objeto do lançamento.

Registre-se que não há discussão nos autos sobre a classificação e o enquadramento dos produtos autuados na codificação da NBM/SH informada nos documentos fiscais.

Vale observar, entretanto, que nos termos do inciso XV do art. 222 do RICMS/02 e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a redução de base de cálculo é considerada uma isenção parcial do imposto. Sendo assim, para a aplicação do disposto no item 16, da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, prevalece a regra de interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do CTN.

Partindo-se desta premissa, a teor do art. 111, inciso II do CTN, a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

Em sua obra de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, em notas ao art. 111, inciso II do CTN, leciona LEANDRO PAULSEN:

"Analogia e isenção. Incompatibilidade. Nos julgados que deram origem à Súmula 100 do STJ muito se discutiu sobre a interpretação das normas concessivas de isenção, tendo restado consolidada posição no sentido de que descabia raciocinar-se analogicamente para o efeito de estender benefício de isenção a situação que não se enquadraria no texto expresso da lei. Senão vejamos: 'Constitucional. Tributário. Isenção do Adicional de Frete para a Marinha Mercante -

AFRMM. Equivalência com o sistema DRAW BACK. Impossibilidade. A isenção, no sistema jurídico-tributário vigente, só é de ser reconhecida pelo Judiciário em benefício do contribuinte, quando concedida, de forma expressa e clara pela lei, devendo a esta se emprestar compreensão estrita, vedada a interpretação ampliativa...' (STJ, 1ª T., REs 31.215-6/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, jun/1993). 'Tributário - BEFIEIX - DRAW BACK - Distinções - Isenção - CTN, art. 111, II, Lei n. 5.025/66 (art. 55)... 2. A isenção é avessa às interpretações ampliativas, não se acomodando à filiação analógica (art. 111, II, CTN). (...)' (STJ, 1ª T., REs 36.366-7/SP, rel. Min. Milton Pereira, ago/1993)." (in ob.cit. 3ª ed.. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 620/621). Grifos acrescidos.

Logo, a expressão “industriais”, constante da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 52/91 e do item 16 do Anexo IV do Regulamento, deve ser considerada para interpretação da norma.

Destarte, para fins de aplicação da redução da base de cálculo em comento, além de a descrição e a classificação fiscal do produto constar da Parte 4 do Anexo IV, a máquina, aparelho ou equipamento deve se destinar ao uso industrial, o que não se confirma no caso dos autos, conforme depreende-se das características e utilização constantes da ficha técnica dos produtos juntadas aos autos pelas partes.

Mencione-se que tal redução não se aplica em relação à máquina, aparelho ou equipamento considerado apropriado para uso doméstico, ainda que eventualmente venha a ser adquirido por uma indústria.

Dessa forma, pela análise das características e funções desempenhadas pelos equipamentos retromencionados, verifica-se que os produtos autuados não se enquadram como “*máquinas, aparelhos e equipamentos industriais*”, não fazendo jus, portanto, ao benefício fiscal concedido nos termos do item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Com efeito, restando incontroverso o fato de que os produtos efetivamente se destinam a uso doméstico ou profissional, ainda que possam vir a ser utilizados, por exemplo, para limpeza no âmbito industrial, afigura-se plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária.

Ademais, ressalte-se que o laudo técnico juntado pela Autuada às fls. 264/296 não descaracteriza a acusação do Fisco de que os produtos em análise não fazem jus à redução da base de cálculo, prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 52/91, por não se caracterizarem como máquina/ equipamentos industriais.

Note-se que o mencionado laudo embasa-se para caracterizar as máquinas e equipamentos comercializados pela Autuada em domésticos ou industriais na diferença da capacidade do equipamento, potência do motor, tipo de alimentação do motor, tipo de acionamento do equipamento, peso do equipamento, tempo de operação máxima

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recomendada, tipo de ambiente recomendado, etc, o que por si só, pode caracterizá-los como de uso profissional ou não, jamais como máquinas/equipamentos industriais.

Pelos mesmos motivos também não socorre a Autuada as declarações de seus clientes (fls. 297/300) nas quais está consignado que os produtos nelas listados são classificados ou indicados como profissionais/industriais.

Vale salientar que a SEF/MG já se manifestou sobre a matéria em análise em diversas consultas respondidas pelo órgão competente. Dentre as várias respostas sobre a matéria destaca-se a seguinte que corrobora o lançamento em exame, formulada pela própria Autuada:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 282/2012

PTA Nº : 16.000454906-15

CONSULENTE : Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.

ORIGEM : Navegantes - SC

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO - A redução da base de cálculo estabelecida no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 pressupõe a adequação da máquina, aparelho ou equipamento à descrição e classificação constantes da Parte 4 do Anexo IV do RICMS/02, bem como que o produto possa ser caracterizado como "industrial".

EXPOSIÇÃO:

A Consulente tem como ramo de atividade a fabricação, importação e comércio de máquinas, ferramentas, aparelhos e utensílios industriais.

Dentre os vários produtos que fabrica, importa e comercializa, distingue a linha denominada **lavadora de alta pressão**, que é comercializada em dois modelos, com potência de motor e voltagem diferenciados, não havendo alteração das características técnicas do produto e de sua utilidade. O produto, segundo informa, é classificado no código 8424.30.10 da NBM/SH.

Cita o Convênio ICMS 52/91 e o Anexo IV do RICMS/02 onde consta a redução da base de cálculo do ICMS para máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, onde estão incluídas as máquinas e aparelhos de desobstrução de tubulação ou de limpeza, por jato de água.

Cita também o Protocolo ICMS 195/2009, que estabelece a substituição tributária nas operações subsequentes com máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos e o Anexo XV onde está inserido o código 8424.30.10 com a descrição

relativa a máquinas e aparelhos de desobstrução de tubulação ou de limpeza, por jato de água e suas partes.

Considerando que a aplicação do produto é tanto de uso doméstico quanto de uso industrial e que o código da NBM a ele relativo consta do Anexo IV e do Anexo XV do RICMS/02, ficou em dúvida quanto ao cálculo a ser efetuado.

CONSULTA:

Nas operações interestaduais, pode-se aplicar o benefício da redução no cálculo do imposto devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais?

RESPOSTA:

1. Inicialmente cabe salientar que para determinação do alcance da substituição tributária o produto deverá estar classificado em um dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002, além de integrar a descrição do respectivo subitem.

Importa acrescentar que é de exclusiva responsabilidade da Consultante a correta classificação e o enquadramento dos seus produtos na codificação da NBM/SH. Caso persistam dúvidas quanto às classificações e às descrições que têm por origem norma federal, deverá dirigir-se à Secretaria da Receita Federal do Brasil, de forma a efetuar os devidos esclarecimentos.

Também não se pode olvidar que, nos termos do inciso XV do art. 222 do RICMS/02, a redução de base de cálculo é considerada uma isenção parcial do imposto. Sendo assim, para a aplicação da redução prevista no Convênio ICMS 52/91 e estabelecida no item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 prevalece a regra de interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN).

Logo, a expressão “industriais”, constante da Cláusula Primeira do Convênio e do Item 16 do Anexo IV do Regulamento, deve ser considerada para interpretação da norma.

Para aplicação da redução de base de cálculo sob análise é necessário que o aparelho, máquina ou equipamento esteja adequadamente enquadrado na descrição e na classificação constantes da Parte 4 do Anexo IV e que possa ser caracterizado como produto “industrial”, considerado como tal aquele cujas características o tornem apropriado para uso em

indústrias, ainda que eventualmente, na fase final do ciclo comercial, venha a ser adquirido para uso residencial.

Por outro lado, a redução em questão não se aplica em relação à máquina ou ao aparelho ou ao equipamento considerado apropriado para uso doméstico, ainda que eventualmente venha a ser adquirido por uma indústria.

Destarte, após análise das características e utilização constantes da ficha técnica dos produtos da linha denominada “Lavadoras de Alta Pressão”, anexados pela Consultante, percebe-se que os mesmos são mercadorias de uso doméstico, ou seja, são lavadoras portáteis de alta pressão para limpeza doméstica e, portanto, não fazem jus ao benefício da redução no cálculo do imposto.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 21 de dezembro de 2012.
Grifos acrescidos.

Lado outro, constatado que tais equipamentos não são destinados ao uso industrial, convém mencionar que eles também não se enquadram em código e descrição constantes da Parte 5 do Anexo IV do RICMS/02 para fins de aplicação da redução da base de cálculo prevista no item 17 da Parte 1 do mesmo Anexo IV em relação aos equipamentos agrícolas (cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91).

Com relação ao óleo lubrificante (NBM 2710.19.32) tem-se que o Fisco corretamente utilizou a MVA de 58,54 (cinquenta oito inteiros e cinquenta e quatro centésimos) para o cálculo do ICMS/ST nos termos da Cláusula décima primeira do Convênio ICMS 110/07 e do subitem 26.10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, conforme redação vigente a época dos fatos geradores. Confira-se:

Cláusula décima primeira Nas operações com mercadorias não relacionadas no Ato COTEPE a que se referem as cláusulas oitava a décima, inexistindo o preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

I - tratando-se de mercadorias contempladas com a não incidência prevista no art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal, nas operações:

a) internas, 30% (trinta por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) interestaduais, os resultantes da aplicação da seguinte fórmula: $MVA = [130 / (1 - ALIQ)] - 100$, considerando-se:

1. MVA: margem de valor agregado, expressa em percentual, arredondada para duas casas decimais;

2. ALIQ: percentual correspondente à alíquota efetiva aplicável ao produto na unidade federada de destino, considerando-se alíquota efetiva aquela que, aplicada ao valor da operação, resulte valor idêntico ao obtido com a aplicação da alíquota nominal à base de cálculo reduzida;

II - em relação aos demais produtos, 30% (trinta por cento). (Grifou-se)

Subitem 26.10 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02

26.10 Mercadorias relacionadas nos itens 26.1 a 26.9 derivados de petróleo

Na operação interna: 30

Na operação interestadual: 58,54

No mesmo sentido, prevê o Protocolo ICMS nº 195/09. Examine-se:

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo 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 = $[(1 + MVA_{ST} \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$ ", onde: (...)

No tocante a aplicação da margem de valor agregado ajustada no cálculo do imposto exigido, transcreve-se os esclarecimentos realizados pela SEF/MG, por intermédio da Orientação nº 001/08 da DOLT/SUTRI, disponibilizada no sítio próprio da SEF/MG:

O Decreto nº 44.894, de 17/09/08, com vigência estabelecida para 1º/01/2009, propõe alterações no Regulamento do ICMS (RICMS) para dar nova redação ao art. 19, Parte 1 do Anexo XV e, por conseguinte, aos itens 14 e 15, Parte 2 do mesmo Anexo.

Trata da aplicação, como norma geral, da Margem de Valor Agregado - MVA ajustada para a apuração da base de cálculo da substituição tributária em

decorrência de operações interestaduais com autopeças (Protocolo ICMS 41/08) e com as mercadorias descritas nos itens 15, 18 a 24 e 29 a 41, cujo responsável, sujeito passivo por substituição, esteja situado no território mineiro.

As alterações no Anexo XV do RICMS/02 serão implementadas para adotar a "MVA Ajustada" na apuração da base de cálculo do ICMS/ST relativamente às operações interestaduais, visando equalizar o montante do imposto e, conseqüentemente, o preço final de mercadoria adquirida internamente com o preço de fornecedores de outros Estados.

Quando a mercadoria é adquirida em outro Estado, a operação interestadual é tributada pela alíquota de 12%; quando a aquisição é realizada dentro de Minas Gerais, a operação é tributada comumente a 18%. Como o valor do imposto compõe a sua própria base de cálculo, o preço de partida para o cálculo da substituição tributária reflete desequilíbrio em relação às duas alíquotas e, conseqüentemente, no preço final da mercadoria.

Caso a MVA permaneça a mesma para ambos os casos, ao ser incorporado o valor do imposto (12% ou 18%) no preço da mercadoria na operação própria, tal diferença provocará um preço final menor quando a alíquota aplicável à operação própria for 12%, donde resulta a necessidade de se adotar a "MVA Ajustada" para harmonizar o preço final da mercadoria em ambos os casos.

A partir da vigência do Decreto nº 44.894, o contribuinte responsável pelo pagamento do ICMS/ST, relativamente às operações interestaduais com os produtos constantes dos itens 14, 15, 18 a 24 e 29 a 41, Parte 2, Anexo XV, RICMS/02, deverá, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), utilizar a fórmula descrita no § 5º do art. 19, Parte 1 do mesmo Anexo XV para obter o percentual de MVA a ser utilizado, ajustado à alíquota interestadual.

Ressalte-se que os percentuais de MVA aplicáveis à operação interestadual, constantes dos itens 14, 15 e 40, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, encontram-se em vigor.

(...)

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008.

Dessa forma, corretas as exigências do ICMS/ST complementar e da respectiva multa de revalidação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que tange à penalidade cominada em face do descumprimento da obrigação acessória pela retenção a menor do ICMS/ST, assim dispõe o texto legal:

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:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

“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;”

(...)

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;

(...)(Grifou-se).

Com referência à majoração da dita penalidade isolada em 50% (cinquenta por cento), a partir de 05/10/10, resulta evidenciada a procedência da exigência fiscal, eis que a reincidência está objetivamente demonstrada nos autos, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75 (fls. 16/17 e 489):

- PTA nº 04.002188293-72: exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75; data do pagamento da exigência em 04/10/10.

Destaque-se que, após a reformulação do crédito tributário na qual o Fisco acatou todas as alegações da defesa acerca da irregularidade de falta de retenção do ICMS/ST, não foi apresentado nenhum questionamento pela Autuada referente às exigências remanescentes.

Dessa forma, corretas as exigências do ICMS/ST, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no inciso VI do art. 54 da Lei nº 6.763/75 c/c a alínea “g” do inciso VI do art. 215 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento.

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

(...)(Grifou-se).

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

g) demais indicações não especificadas nas alíneas anteriores: 42 (quarenta e duas) UFEMG;(Grifou-se)

Mencione-se que encontra correta a aplicação da penalidade advinda do descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de indicação da base de cálculo na nota fiscal e da falta de destaque do imposto devido pelo regime de substituição tributária, o chamado ICMS/ST, referente às operações subsequentes.

Reitere-se, o Fisco promoveu a adequação da penalidade determinada no citado § 4º, conforme art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

As questões de cunho constitucional levantadas pela Impugnante não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA.

Registre-se, por derradeiro, não ser passível o acionamento do disposto no art. 112 do CTN, haja vista que não restou nenhuma dúvida quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações promovidas pelo Fisco às fls. 417/426 e 455/456, de acordo com o parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Luiz Renato Gonçalves Cruz e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 24 de julho de 2013.

André Barros de Moura
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator