

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.565/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000652452-35
Impugnação: 40.010143087-62
Impugnante: Mapel - Máquinas e Artigos Para Escritório Ltda
IE: 062243683.00-52
Proc. S. Passivo: Tiago Abreu Gontijo/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatado que a Autuada recebeu mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS nº 31/09 e 192/09, sem o recolhimento e com o recolhimento a menor do ICMS/ST devido. Responsabilidade solidária do destinatário mineiro prevista no art. 22, § 18 da Lei nº 6.763/75 e art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescente de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS devido a título de substituição tributária, nas operações de entradas de produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos, constantes do item 29 (atual item 21) e produtos de papelaria, constantes do item 19 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, adquiridos de outras unidades da Federação, no período de 01/01/12 a 30/06/15.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/73.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 107/156, acompanhada dos documentos de fls. 157/1.034.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 1.041 e colaciona aos autos os documentos de fls. 1.042/1.114.

Aberta vista, a Impugnante não se manifesta

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 1.118/1.153.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração (AI), sustentando que embora conste do relatório da autuação que a hipótese do PTA em exame decorre de recolhimento a menor ou falta de retenção/recolhimento de ICMS/ST, semelhantes exigências foram anteriormente exigidas pela Fiscalização no bojo do PTA nº 01.000458442-06, entretanto, sem a majoração da multa de revalidação, concluindo que houve modificação de critério jurídico no lançamento.

Entretanto, sem razão a Defesa.

O Auto de Infração em exame (PTA nº 01.000652452-35) refere-se à aplicação do ICMS/ST no âmbito de protocolo, as operações são todas referentes a fornecedores localizados nos estados signatários dos Protocolos nº 31/09 (São Paulo) e nº 192/09 (Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro), conforme coluna “C” dos demonstrativos.

Os demonstrativos de cálculo relativos às exigências fiscais constam dos anexos ao Auto de Infração.

No Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF nº 10.000.018.831-67, anexado às fls. 02/03, consta que o objeto da auditoria fiscal (campo 3) é a verificação da regularidade quanto ao recolhimento do ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA/PROTOCOLO, referente às entradas de mercadorias no período de 01/01/12 a 30/06/15. A multa de revalidação também é distinta daquela exigida no PTA nº 01.000.458.442-06.

Já o PTA 01.000458442-06 refere-se à aplicação do ICMS/ST no âmbito interno, ou seja, integralmente regulado pela legislação do ICMS do estado de Minas Gerais, ou seja, a Lei nº 6.763/75 e o RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02. As operações tributadas foram as realizadas com estados não signatários de protocolos, quais sejam, Alagoas, Espírito Santo, Goiás, Pará, Manaus e Maranhão. Por conseguinte, o ICMS/ST foi exigido sobre mercadorias e operações distintas. O AIAF é outro. Esse PTA não será aqui, objeto de análise mais aprofundada, pois ele é independente, tem suas próprias características e a Impugnante perdeu o prazo para impugná-lo.

Por fim, cumpre destacar que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Conforme relatado a autuação versa sobre a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária, nas operações de entradas de produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos, constantes do item 29 (atual item 21) e produtos de papelaria, constantes do item 19 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, adquiridos em outras unidades da Federação, no período de 01/01/12 a 30/06/15.

Em relação às exigências consubstanciadas no Auto de Infração, a Impugnante alega em síntese:

- não é devido o recolhimento do ICMS/ST sobre itens dados em garantia;
- é indevido a exação do ICMS/ST sobre itens e mercadorias atreladas a contrato de locação para uso e consumo dos locatários;
- a Fiscalização não poderia desclassificar os NBM atribuídos aos itens, equipamentos, artefatos e tintas que fora realizado pelo fornecedor.

Entretanto, razão não assiste à Defesa, como adiante se verá.

A mercadoria dada em garantia está sujeita ao ICMS/ST, pois trata-se de mercadoria nova, remetida pelo Fornecedor à Impugnante, para substituir mercadoria danificada.

Essa remessa de peça nova para Impugnante é fato gerador do ICMS/ST por se tratar de uma segunda operação, nos termos do art. 5º, § 1º, item 1 da Lei nº 6.763/75, a saber:

Lei nº 6.763/75.

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 1º O imposto incide sobre:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

A peça danificada retorna ao fornecedor com o crédito do ICMS da operação interestadual, se destacado e recolhido, tendo o contribuinte mineiro direito à restituição do ICMS/ST, retido e recolhido pelo seu fornecedor, ao teor do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08. Confira-se:

RPTA.

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído" (DEC. 44.747/085)

A Superintendência de Tributação –SUTRI dispõe sobre os procedimentos, no caso das remessas em garantia, conforme Instrução Normativa 003/05. Veja-se:

Instrução Normativa SUTRI N° 003, MG de 06/12/2005 e retificada no MG de 07/12/2005).

Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas concessionárias no que se refere à troca de parte ou peça em virtude de garantia dada pela montadora ao adquirente do veículo, considerando que na hipótese de garantia a concessionária vende a parte ou peça para a montadora e, por conta e ordem desta, a aplica no veículo do cliente; considerando que mesmo na hipótese de garantia dada pela montadora ao adquirente do veículo, na troca da parte ou peça defeituosa prevalece a tributação em relação à parte ou peça nova que se emprega, estando ou não sujeita à substituição tributária. (Grifou-se).

Art. 1º Na hipótese do emprego de parte ou peça, em virtude de garantia dada pela montadora do veículo, a concessionária deverá:

I - Acobertar a operação de saída da parte ou peça nova de seu estoque, emitindo Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, sem destaque do imposto, indicando:

- a) como destinatário, o proprietário do veículo;
- b) como valor da operação aquele praticado na venda da parte ou da peça para a montadora;
- c) o CFOP: "5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado";
- d) no campo "Informações Complementares" do quadro "Dados Adicionais", informar que se trata de operação de saída de parte ou peça em virtude

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de garantia dada pela montadora, sujeita à substituição tributária e o número da Ordem de Serviço, conforme Capítulo VIII do Anexo IX do RICMS;

II - Acobertar a operação de entrada da parte ou peça danificada, emitindo Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, sem destaque do ICMS, indicando:

- a) como destinatário, a própria concessionária;
- b) como valor da operação, aquele estabelecido pela montadora para a parte ou peça danificada;
- c) como CFOP: "1.949 - Entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada";

d) no campo "Informações Complementares" do quadro "Dados Adicionais", o número e data da nota fiscal referida no item anterior, o número da Ordem de Serviço e o fato de tratar-se de troca de parte ou peça em virtude de garantia dada pela montadora;

III - Acobertar a operação de venda da parte ou peça nova para a montadora, emitindo Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, sem destaque do ICMS, indicando:

- a) o valor da operação;
- b) no campo destinado à informação do CFOP, os códigos 5.949 ou 6.949 - "Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado" para as operações internas ou interestaduais, respectivamente;

c) no campo "Informações Complementares" do quadro "Dados Adicionais", o número e a data das notas fiscais referidas nos itens anteriores, o número da Ordem de Serviço e o fato de tratar-se de operação alcançada pela substituição tributária, relativa a emprego de parte ou peça aplicada em veículo, no território mineiro, em virtude de garantia.

Art. 2º Na hipótese de devolução da parte ou peça danificada para a montadora, a concessionária deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, sem destaque do ICMS, informando:

I - como valor da operação, aquele estabelecido pela montadora para a parte ou peça danificada;

II - no campo destinado à informação do CFOP, os códigos 5.949 ou 6.949 - "Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado" para as operações internas ou interestaduais, respectivamente;

III - no campo "Informações Complementares" do quadro "Dados Adicionais", a informação de tratar-se de parte ou peça que foi substituída em virtude de garantia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 3º Caso ocorra a inutilização da parte ou peça danificada, a concessionária deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, em seu próprio nome, sem destaque do ICMS, informando:

I - como valor da operação, o valor estabelecido pela montadora para a parte ou peça danificada;

II - o CFOP: "5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração";

III - no campo "Informações Complementares" do quadro "Dados Adicionais", que se trata de parte ou peça inservível que foi substituída em virtude de garantia e inutilizada

No caso de remessa em garantia, o ICMS/ST deverá ser retido, uma vez que ocorreu nova etapa de circulação conforme esclarece a Consulta Contribuinte nº 182/12. Examine-se:

CONSULTA CONTRIBUINTE nº 182/12:

Por ocasião da remessa, em operação interestadual, da mercadoria nova relacionada no item 14 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS, em substituição à danificada em virtude de garantia assumida pelo fabricante, a Consulente deverá efetuar nova retenção do ICMS/ST para Minas Gerais, por força da Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 41/08 e art. 12 da Parte 1 do mesmo Anexo XV do Regulamento estadual, observada a MVA prevista na legislação, uma vez relativamente à mercadoria remetida em substituição à danificada, se trata de uma nova cadeia de circulação

(Grifou-se).

Registra-se, por oportuno, que as Consultas Contribuintes nºs 244/10, 230/15 e 186/16 apresentam o mesmo entendimento supratranscrito.

Nem a Impugnante, e tampouco seus fornecedores recolheram ICMS/ST devido sobre as mercadorias novas remetidas em substituição às mercadorias defeituosas, conforme pode ser observado em mídia eletrônica (CD) acostada às fls. 21, na qual está relacionado:

- demonstrativo do ICMS ST Protocolo – Falta de Pagamento, Anexo 1, do AI, coluna “B”, e na coluna “M”, nas seguintes Notas Fiscais Eletrônicas (NFs-e): 16.035, 16.727, 18.029, 18.969, 27.853, 27.854, 27.855, 27.917, 27.959, 28.071, 28.115, 28.161, 28.266, 28.485, 28.692, 29.030, 29.072, 29.351, 29.511, 29.512, 29.515, 29.544, 29.585, 29.600, 29.856, 29.908, 29.945, 30.193, 30.271, 30.282, 30.311, 30.721, 30.722, 30.737, 30.872, 30.879, 31.174, 31.241, 31.242, 31.390, 31.657, 31.702, 31.891, 31.962, 31.963, 32.068, 32.424, 32.425, 32.426, 32.432, 32.433, 32.489, 32.793, 32.794, 32.795, 32.796, 32.798, 34.544, 38.002, 38.013, 39.057, 39.732, 42.571, 45.468, 48.870, 49.043, 49.045, 49.046, 49.485, 49.486, 49.796, 49.907, 49.909, 50.309 a 50.312, 50.502, 50.516, 50.834, 50.835, 51053,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

51.058, 51.384, 51.388 a 51.393, 52.437, 53.121 a 53.123, 54.289, 54.431, 54.445, 54.446, 54.561, 55.236, 56.285, 56.286, 56.548, 56.706.

Cumprido ressaltar que as Notas Fiscais Eletrônica (NF-es) retrocitadas, são representadas fisicamente pelos seus respectivos Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas (DANFes), no Anexo 1 do Auto de Infração, acostado em mídia eletrônica (CD) de fls. 21.

Destaque-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG), em relação à substituição de peças em garantia, acolhe o entendimento de incidência do imposto, conforme ementa do Acórdão nº 4.573/16/CE infra transcrita:

EMENTA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST. CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST DEVIDO PELA AUTUADA, NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO PROTOCOLO ICMS Nº 41 DE 2008 E NO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO (RET) A ELA CONCEDIDO NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 58 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, § 2º, INCISO I DA LEI Nº 6763/75 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA 'C' DA LEI C/C O ART. 106, INCISO II, ALÍNEA 'C' DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN. RECONHECIMENTO PARCIAL DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS PELO SUJEITO PASSIVO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELA FISCALIZAÇÃO. EXCLUÍDAS, PELA CÂMARA "A QUO", AS EXIGÊNCIAS FISCAIS RELATIVAS ÀS REMESSAS DE TINTAS DESTINADAS À ESTABELECIMENTOS MINEIROS PARA OS QUAIS NÃO SE CONSTATOU OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTADAS PELO ICMS. RESTABELECIDAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES COM PEÇAS DESTINADAS À SUBSTITUIÇÃO DE OUTRAS DANIFICADAS, EM RAZÃO DE GARANTIA ASSUMIDA PELA FABRICANTE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DA IN/SUTRI Nº 003/05 E POR FORÇA DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO PROTOCOLO ICMS Nº 41/08 C/C O ART. 12, DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02. REFORMADA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE REVISÃO 40.060139451-51 NÃO CONHECIDO À UNANIMIDADE. RECURSO DE REVISÃO 40.060139531-46, CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTO.

Em decisão prolatada no Acórdão nº 20.489/12/3ª, a 3ª Câmara do CC/MG decidiu que as saídas de baterias retificadas ou novas, com destino a revendedor em razão de substituição em garantia, ocorrerá com incidência do imposto, inclusive com nova retenção de ICMS/ST em favor do estado de Minas Gerais” Examine-se:

EMENTA (PARCIAL): NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS, EM RAZÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA, ACOBERTADAS COM NOTAS FISCAIS SEM DESTAQUE E RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO. EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO EM 50% (CINQUENTA POR CENTO) CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA DE REVALIDAÇÃO EM 100% (CEM POR CENTO), NAS OPERAÇÕES SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PREVISTA NO ART. 56, INCISO II C/C § 2º, INCISO I DO MESMO DISPOSITIVO, TODOS DA LEI Nº 6.763/75.”

Nos termos do art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, os estabelecimentos situados nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo, nas remessas das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas na Parte 2 do citado Anexo, para estabelecimento de contribuinte deste estado, são responsáveis na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido. Confira-se:

Anexo XV - RICMS/02

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 subsequentes. (Grifou-se).

O art. 15 do Anexo XV do RICMS/02 disciplina a responsabilidade do estabelecimento destinatário, no caso de omissão do alienante ou remetente. Examine-se:

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

O protocolo 31, de 05/06/09, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos entre os estados de Minas Gerais e São Paulo nas remessas interestaduais com as mercadorias relacionadas nos itens 16, 17 e 18 do Anexo Único, conforme caput e cláusula primeira, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROTOCOLO ICMS 31, DE 5 DE JUNHO DE 2009:

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos.

Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Belo Horizonte, no dia 5 de junho de 2009, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

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

Nova redação dada ao Anexo Único pelo Prot. ICMS 05/12, efeitos a partir de 09.04.12:

ANEXO ÚNICO

ITEM/ SUBITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO
(...)		
16.	8443.31	Máquinas que executem pelo menos duas das seguintes funções: impressão, cópia ou transmissão de telecópia (fax), capazes de ser conectadas a uma máquina automática para processamento de dados ou a uma rede
17.	8443.32	Outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores (fax), mesmo combinados entre si, capazes de ser conectados a uma máquina automática para processamento de dados ou a uma rede
18.	8443.99	Outras máquinas e aparelhos de impressão por meio de blocos, cilindros e outros elementos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

		de impressão da posição 84.42; e de outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores (fax), mesmo combinados entre si, suas partes e acessórios
(...)		

As operações de remessas em garantia, se referem a partes de acessórios para impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores (fax), Nomenclatura Comum do Mercosul – (NCM) 8443.99, item 18 do Anexo Único do Protocolo nº 31/09, que foram fornecidos, em sua maior parte, pela empresa Farcomp Comércio e Informática Ltda, CNPJ 02.400425/0001-13, estabelecida no estado de São Paulo.

Portanto, configuram-se hipóteses de incidência do ICMS/ST, em consonância ao Protocolo nº 31/09, ao qual os estados de Minas Gerais e São Paulo são signatários.

Pelas operações da Autuada com a Farcomp Comércio e Informática Ltda, (fls. 1.058/1.105), verifica-se a realização de operações de trocas de peças danificadas por novas, sem o devido recolhimento do ICMS/ST, sem destaque de qualquer imposto próprio ou do ICMS/ST.

Cumpra destacar, que os DANFEs, emitidos pela fornecedora Farcomp Informática Ltda, onde consta o campo “natureza da operação”, de envio de peças novas a título de “devolução/remessa/troca/garantia, CFOP: 6949, fazem referência às notas fiscais da Impugnante no campo de dados adicionais, informações complementares.

No caso, as operações de remessa em garantia não estão alcançadas pela isenção, uma vez que esse instituto tributário aplica-se ao fabricante, ao passo que a empresa fornecedora é comerciante, de acordo com os elementos infra elencados:

1 - análise da descrição de suas atividades principais em consulta pública ao CNPJ da Fornecedora (02.400.425/0001-13): Há várias informações sobre seus códigos e descrições de atividades, quase todas relacionadas ao comércio. Nenhuma delas estão relacionadas às atividades de fábrica (fls. 1.057);

2 - diversos DANFEs, juntados pela Impugnante, de suas operações com a Fornecedora Farcomp Informática Ltda, estão com alíquota de ICMS a 4% (quatro por cento), a partir de 2013, em cumprimento a Resolução nº 13, do Senado Federal, publicado no DOU 26/04/12, *in verbis*:

R E S O L U Ç Ã O nº 13/12.

Estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior.

O Senado Federal resolve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro:

I - Não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II - ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

Essa Resolução estabeleceu a aplicação dessa alíquota para produtos importados do exterior nas operações interestaduais.

Portanto, a fornecedora é, no máximo, importadora dos produtos e não a fábrica.

Assim, não se aplica a isenção prevista no art. 6º, parte geral e item. 156 do Anexo I, todos do RICMS/02, pois a fornecedora não preenche o requisito essencial, que é ser uma fábrica.

Essa análise se aplica também aos demais fornecedores da Impugnante, pois a partir de 2013, eles também estão destacando a alíquota de 4% (quatro por cento), donde depreende-se que seus produtos são importados e não de fabricação própria.

Portanto, a solicitação da Autuada de exclusão, no valor de R\$ 20.647,11 (vinte mil, seiscentos e quarenta e sete reais e onze centavos), referentes às mercadorias de remessas em garantia, não poderá ser atendida por falta de requisito legal.

Nos termos do art. 176 do Código Tributário Nacional – CTN, as condições de aplicação das isenções são as estabelecidas em lei:

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

A Impugnante solicitou ainda a dedução do valor de R\$ 22.460,93 (vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta reais e noventa e três centavos), alegando que se trata de mercadorias atreladas a contratos de locação.

Todavia, pelos documentos colacionados aos autos, registra-se que a Impugnante não logrou êxito em comprovar suas alegações.

Denota-se dos DANFES acostados pela Impugnante às fls. 828/1.034 (doc 4), emitidos por seus fornecedores, que todos atestam nas informações dos campos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“natureza da operação”, “CFOP” e “informações complementares”, que as operações são de vendas, fato gerador do ICMS/ST. Veja-se:

Natureza da Operação	CFOP	Informações Complementares
Venda merc. c/saída de armazém geral, venda prods. Imp. UF	6102,6404 6403	Pedido de venda
Vendas mercadorias adq. recebidas terceiros que não devam ele trans.	6106	Pedido de venda
Vendas	6102, 6404 6403	Pedido de venda

Nesse norte, tais operações se referem a contratos de compra e venda, não estando atrelados a nenhum contrato de locação ou uso e consumo.

O vínculo não se presume. Ele ocorre no momento da operação e deve ser expresso no documento fiscal para todos os fins.

Assim, não há nos autos provas que atrelem a aquisição destas mercadorias/bens a contrato de locação ou uso e consumo.

Portanto, não há como atender o pedido de exclusão dos referidos valores.

Registra-se por oportuno, que a Fiscalização constatou a existência dos DANFES n°s 30.288, 30.699 e 31.235, cujas operações foram para uso e consumo, conforme informações complementares (dados adicionais).

Os valores dessas operações foram excluídos do crédito tributário.

No caso, a Fiscalização emitiu o Termo de Rerratificação de fls. 1.041 e promoveu a juntada dos documentos de fls. 1.042/1.114, sendo dada ciência à Impugnante (fls. 1.115/1.116), a qual não se manifestou.

Os contratos de locação, doc. 04, fls. 737/827, indicam que a empresa exerce a atividade de locação, porém não foram anexados aos autos documentos fiscais vinculados a tais operações.

Não há nos autos, documento fiscal emitido à época dos fatos geradores do ICMS, no qual esteja discriminado que os produtos adquiridos são para uso e consumo e sua utilização para cumprimento de determinado contrato de locação.

Importante destacar, no caso, a descrição do Códigos Fiscais das Operações e Prestações – CFOP infra reproduzidos:

(...)

6.102 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

6.106 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar

6.403 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto

6.404 Venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido retido anteriormente;

(...)

Relevante observar que a autuação trata de períodos posteriores aos contratos de locação (listados pelo Fisco às fls. 1.131), a empresa baixada (fls. 1.132) não se utilizava de serviços, sendo que os contratos valem pelo período de vigência e vínculo não se presume.

Cumprido destacar que a informação da utilização da mercadoria para uso e consumo, ou insumo em virtude dos contratos de locação deve ser inserida nos documentos fiscais no quadro “dados adicionais”, campo “informações complementares” e no CFOP, nos termos do art. 7º, Anexo V, RICMS/02 e do Manual de Integração da NF-e. Examine-se:

ANEXO V - RICMS/02

(...)

Art. 7º Poderão ser incluídas, numa mesma nota fiscal, operações enquadradas em diferentes códigos, hipótese em que estes serão indicados no campo “CFOP” do quadro “Emitente”, e no quadro “Dados do Produto”, na linha correspondente a cada item, após a descrição do produto.”

(...)

Contudo, não constam dos documentos fiscais das operações autuadas, informações sobre a destinação das mercadorias para essa finalidade.

O art. 11-C do Anexo V do RICMS/02 disciplina os critérios de emissão do DANFE em consonância ao Manual de Integração da NF-e. Confira-se:

Art. 11-C. Para acompanhar o trânsito de bens e mercadorias acobertadas por NF-e, ou para facilitar a consulta da respectiva nota, o contribuinte emitirá o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE).

§ 1º Para a emissão do DANFE, será observado o seguinte:

I - terá seu leiaute estabelecido no Manual de Integração da NF-e, podendo, mediante autorização da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais (SAIF), ser alterado para adequá-lo às operações do contribuinte, desde que mantidos os campos obrigatórios relativos à NF-e;

(...)

III - os títulos e informações dos campos constantes do documento serão grafados de forma legível;

(...)

O Manual de Orientação ao Contribuinte no Portal da NF-e dispõe sobre as informações complementares. Veja-se:

(...)

7.1.6 Informações Complementares

7.4 - Verso do DANFE Até 50% do verso de qualquer folha do DANFE poderá ser utilizado para continuação dos dados do quadro “Dados dos Produtos/Serviços”, do campo “Informações Complementares” ou para uma combinação de ambos. O restante do verso deverá ser deixado sem nenhum tipo de impressão. Sempre que o verso do DANFE for utilizado, a informação “CONTINUA NO VERSO” deverá constar no anverso, ao final dos quadros “Dados dos Produtos/Serviços” e “Informações Complementares”, conforme a utilização.” (Fonte: Manual de Orientação do Portal da NFE, versão 5).

Deverá conter todas as Informações Adicionais da NF-e incluídas nas TAGs e, ficando facultada a impressão das informações adicionais contidas nas TAGs. Na hipótese de insuficiência de espaço no quadro de “informações complementares”, a impressão destas deverá ser continuada no verso ou na folha seguinte, neste mesmo quadro ou no quadro “Dados dos Produtos/Serviços”.

Na hipótese dessas mercadorias terem sido comercializadas como material de uso e consumo ou ativo imobilizado, a fornecedora teria que simplesmente aplicar sobre a correta base de cálculo, a diferença entre a alíquota interna no estado de Minas Gerais e a alíquota interestadual para fins de cálculo, retenção e recolhimento do ICMS/ST, nos termos do art. 19, inciso II c/c art. 20, inciso II, ambos do Anexo XV do RICMS/02:

Anexo XV - RICMS/02:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

(...)

II - na entrada, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, a mesma estabelecida para a operação praticada pelo remetente

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - na entrada, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, o valor calculado mediante aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo.

(...)

Portanto, as operações da Impugnante, objeto de cobrança do ICMS/ST, são operações de compra e venda, fato gerador do ICMS/ST, conforme documentos colacionados aos autos pela Impugnante.

Assevera ainda a Impugnante, que não devem subsistir as exigências sobre os materiais de uso/consumo necessários ao funcionamento dos equipamentos locados, os quais não se sujeitam ao ICMS/ST por absoluta atipicidade, cabendo à Fiscalização buscar a verdade material e, caso não tenha meios para quantificá-la, lançar mão de arbitramento.

Entretanto, razão não lhe assiste.

O arbitramento ocorrerá quando as informações prestadas nos documentos fiscais, nas declarações ou nos esclarecimentos prestados, documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado não mereçam fé ou sejam omissos quanto aos valores dos bens e direitos, conforme art. 148 do CTN e art. 53 do RICMS/02. Examine-se:

CTN

Art.148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

RICMS/02

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - Não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II - for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

V - ocorrer a falta de sequência do número de ordem das operações de saídas ou das prestações realizadas, em Cupom Fiscal, relativamente aos números que faltarem;

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

No caso em questão, os documentos fiscais são idôneos, as informações sobre a natureza das operações são declaradamente típicas de vendas, estando a tributação de acordo com as informações neles prestadas.

Portanto, não há nenhum fundamento para o arbitramento.

Os valores consubstanciados no Auto de Infração em exame, são referentes às exigências do ICMS, cuja competência constitucional tributária para sua instituição está estabelecida no art. 155, inciso II, da Constituição da República de 1988 (CR/88), definido pela Lei nº 6.763/75, e disciplinado pelo RICMS/02, aprovado pelo Decreto 43.080/02, que descreve o fato gerador, incidência, alíquota, dentre outros.

Portanto, diferente das alegações da Defesa, não há que se falar em falta de tipicidade tributária.

No que concerne à aplicação da alíquota devido à desclassificação de mercadorias realizada pela Fiscalização, ocorreu a aplicação indevida pelos fornecedores, da alíquota de 12% (doze por cento), a todos produtos da indústria de informática, em detrimento da aplicação, correta, da alíquota de 18% (dezoito por cento), prevista no art. 12, inciso I, alínea "d", subalínea "d.1" da Lei nº 6.763/75, regulamentado pelo art. 42, inciso I, alínea "e" do Decreto nº 43.080/02.

Nos termos do art. 42, inciso I, alínea "b", subalínea "b.6", do RICMS/02 será aplicada a alíquota de 12% (doze por cento) nas mercadorias estritamente especificadas na Parte 3, Anexo XII do RICMS/02.

Porém, em relação a quaisquer outras mercadorias não especificadas, será aplicada a alíquota de 18% (dezoito por cento) ao teor do art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02. Confira-se:

RICMS/02.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b.6) produtos da indústria de informática e automação relacionados na Parte 3 do Anexo XII;

(Grifou-se).

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;”

ANEXO XII -RICMS/02:

Efeitos de 25/11/2010 a 25/04/2016 - Redação dada pelo art. 2º, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 45.504, de 24/11/2010: PARTE 3 MÁQUINAS, APARELHOS E EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS (a que se refere a subalínea “b.6” do inciso I do caput do artigo 42 deste Regulamento):

ITEM	MERCADORIA	CÓDIGO NBM/SH
7	MÁQUINAS E APARELHOS DE IMPRESSÃO; COPIADORAS E TELECOPIADORES ; PARTES E ACESSÓRIOS.	
7.1	Aparelhos de fac-símile e semelhante com impressão por jato de tinta.	8443.31.11
7.2	Aparelhos de fac-símile e semelhante com impressão por sistema térmico.	8443.31.12
7.3	Aparelhos de fac-símile e semelhante com impressão por sistema laser.	8443.31.13 8443.31.14 8443.31.15
7.4	Aparelhos de tele impressão	8443.31.19
7.5	Impressor térmico de código de barras.	8443.31.91
7.6	Impressoras.	8443.32.2 8443.32.3

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

		8443.32.40
7.7	Plotadoras ou registradora de curvas	8443.32.5
7.8	Mecanismos completos de impressoras matriciais (por pontos) ou de impressoras ou traçadores gráficos (plotters), a jato de tinta, montados; mecanismo de impressão serial.	8443.99.1 8443.99.2
7.9	Cabeçote ou martelo de impressão.	8443.99.12 8443.99.22 8443.99.42
7.10	Mecanismos completos de impressoras a laser, LED (diodos emissores de luz) ou LCS (sistema de cristal líquido), montados	8443.99.3
7.11	Mecanismos de impressão por sistema térmico ou a laser, para aparelhos de fac-símile.	8443.99.4
7.12	Mecanismo de impressão para impressora sem impacto.	8443.99.50
7.13	Tracionador de papel.	8443.99.80
7.14	Outras partes para aparelhos de fac-símile.	8443.99.90

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constata-se, assim, que conforme apurado pela Fiscalização, no Anexo XII do RICMS/02, fora relacionado as seguintes partes e acessórios de impressoras, copiadoras, telecopiadoras, aos quais se aplica: mecanismos completos de impressoras matriciais (por pontos) ou de impressoras ou traçadores gráficos (plotters), a jato de tinta, montados, mecanismos de impressão por sistema térmico ou a laser, para aparelhos de fac-símile, mecanismo de impressão para impressora sem impacto, tracionador de papel, outras partes para aparelhos de fac-símile.

A autuação em questão refere-se à aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) nos termos do art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” da Lei nº 6.763/75, regulamentada pelo art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02, em razão das partes para impressoras (objeto desse auto de infração) não estarem relacionadas nos itens da Parte 3, do Anexo XII do RICMS/02.

As partes de impressoras objeto dessa autuação são as seguintes: CILINDROS 25K B400 , BANDEJA DUPLEXADORA, UNIDADE SEPARADORA DE PAPEL GAVETA HL5240 5250, UNIDADE LASER HL5250DN 5270DN 5280DW 8860 8065 8060 INDRO, UNIDADE DE FIXACAO HL20, ALAVANCA DE LIBERACAO DO TONER HL5240 5250 8085 8070 40, GUIA DE SAIDA HL5240 5250 5280 8060 8065 8860 8080DN, CONJUNTO ALIMENTADOR DO DUPLEX ENVELOPE HL5280DW, BANDEJA DO PAPEL HL5250DN 5240 8860 8060, UNIDADE DUPLEXADORA PARA PAPEL A4 MFC8890CDW 5350 5340 8080, UNIDADE FUSORA 110V B6500, UNIDADE DE FRAME PRINCIPAL HL5340D, GUIA DE SAIDA HL5240 5250 5280 8060 8065 8860 8080DN, UNIDADE DE TRANSFERENCIA DE IMAGEM HL4040CN, UNIDADE SEPARADORA DE PAPEL GAVETA HL5240 5250, KIT PLACA SENSOR DE INJECAO, KIT ALIMENTADOR DE PAPEL MP(KIT 2), UNIDADE DE FUSAO 115V HL2240 2270 2130 7065 7460 7055 7860 7, CONJUNTO DA MANGUEIRA ABSORVENTE DE TINTA MFCJ6910DW 6510, UNIDADE DO CARRO DE IMPRESSAO DCP165C, CABECA DE IMPRESSAO DCPJ140W, CONJUNTO DA UNIDADE DE MANUTENCAO DE LIMPEZA MFCJ6510DW, UNIDADE DO CARRO DE IMPRESSAO DCP165C, CONJUNTO DE SUPORTE DO ROLETE(KIT 1), KIT PLACA SENSOR DE INJECAO RELE MFC8912 8157 5452 5472 UNIDADE LASER HL1112, UNIDADE ENGINE DCP165C DCPJ125, CONJUNTO DA TAMPA FRONTAL 8110DN 8112DN 8150DN 8152DN 8155DN, LAMINA SEPARADORA P ADS2000 ADS2500, CONJ DE VENTILADOR PRINCIPAL PARA HL5450 5452DN, CONJUNTO DE SUPORTE DO ROLETE(kit 1) HL5340 5350 MFC8890 808, LAMINA SEPARADORA P ADS2000 ADS2500, KIT DE UNIDADE DE FIXACAO C ATUADO MOLA E TAMPA DO PAPEL DC, CONJUNTO DA TAMPA DO ADF P MFC8910DW 8912 8157, BANDEJA DUPLEX LT, UNHA SUP D, UNHA INF, UNHA DO ROLO FUSOR AFICIO, MANTA DI650 BZ600 750, BUCHA ROLO FUSOR, BUCHA REVELACAO, ALMOFADA RETARDO OKI, CONJUNTO SAIDA 500 FLS OK KIT UNIDADE IMAGEM BHC250 252 CIL LAM LIMP CHIP BLACK IU210K I, CHIP CILINDRO KONICA MINOLTA BHC224 284 364 454 BLAC, BUCHA ROLO FUSOR DI152 183 1611 BZ163 211, BUCHA REVELACAO DI650 BH600, TELA DO CILINDRO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

03516109, UNIDADE DE CORTE 02328422, CHAPA 02312109, UNIDADE DE TRANSFERENCIA, UNIDADE DE FRAME ESQUERDO DCP8060DN.

Salienta-se que todas essas mercadorias com suas especificações, estão descritas nos demonstrativos de cálculo do ICMS/ST, no Anexo 1 do Auto de Infração, (coluna “D”), acostado em mídia eletrônica (CD) de fls. 21.

Portanto, correta está a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento).

A alíquota de 12% (doze por cento) foi aplicada também aos cartuchos, ao teor do art. 42, alínea “b”, subalínea “b.40”, do Decreto nº 43.080/02, *in verbis*:

Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b.40) canetas, cartuchos de tinta para impressora, cartuchos de toner para impressora, fitas para impressora, bobinas de papel de largura não superior a oito centímetros, disquetes e outras mídias para gravação;” (Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008).

(...)

Importante destacar que as Normas Explicativas do Sistema Harmonizado - NESH, foram promulgadas pelo Decreto nº 435/92, em 27/01/92, com o objetivo de subsidiar a correta interpretação do conteúdo das posições e subposições, bem como das notas de seção, capítulo, posições e subposições da Nomenclatura do Sistema Harmonizado.

Sendo assim, trata-se de uma norma de caráter geral, que deve ser aplicada por todos, não tendo fundamento o argumento da Defesa de que a classificação de mercadorias é de caráter exclusivo do fornecedor e da Receita Federal do Brasil.

A parte do Auto de infração envolvendo as mercadorias identificadas indevidamente como tintas está na 2ª irregularidade, no Demonstrativo de Recolhimento do ICMS/ST Protocolo – Falta de Recolhimento (Anexo 1 do AI), que após o termo de Rerratificação no valor de R\$ 868,53 (oitocentos e sessenta e oito reais e cinquenta e três centavos), passou a ter o valor original de ICMS/ST a recolher de R\$ 59.569,45 (cinquenta e nove mil, quinhentos e sessenta e nove reais e quarenta e cinco centavos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Grande parte da autuação refere-se à aplicação indevida do percentual de alíquotas, correspondente ao ICMS/ST – protocolo – falta de recolhimento.

A parcela de R\$ 5.826,61 (cinco mil, oitocentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos) refere-se às divergências de classificação no NCM.

Os dados estão na coluna “D” (produto) e N (diferença) do Demonstrativo de recolhimento ICMS/ST Protocolo – Falta de Recolhimento - Anexo 1 do AI, (fls. 21).

Registra-se que não obstante a classificação correta na NCM para parte das mercadorias, alguns fornecedores não recolheram o ICMS/ST para Minas Gerais (Tintas Comcolor BK - NCM: 8443.99.33).

Em outras situações, vários fornecedores atribuíram classificações diferentes para os mesmos tipos de tintas, de diversas especificações, da 2ª irregularidade do Auto de Infração (falta de recolhimento do ICMS/ST), conforme consta no Relatório Fiscal de fls. 12/19.

Diante disso, o Fisco realizou pesquisas entre as principais classificações de NCMs já atribuídas pelos fornecedores a esses produtos na NESH, nos ementários da Receita Federal do Brasil, e informações dos sites especializados disponibilizados pelos próprios fornecedores, tendo verificado que alguns contribuintes estavam seguindo a classificação correta e outros não.

Ademais, foram analisados os produtos trazidos por representante da própria Impugnante e fotografados na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG.

Os fornecedores da Impugnante classificaram tintas com as seguintes NCMs:

° NFE	Cod. Prod.	Produto	NCM/SH	Fornecedor
400	0130004254	Tinta preta Riso RZ S4254	4439199	Gomag Máquinas para Escritório Ltda.
0700	2613	Tinta preta RZ S4254	2151100	Milsul Com Imp e Exp Ltda.
279	Tinta preta RZ	Tinta preta RZ	4439199	Office Plotter Imp e Copiadora P Gr Formatos Ltda
089	S4254	Tinta Riso Preta RZ	2151100	Digital Infor Copy Ltda
945	Tinta azul CZ	Tinta Azul CZ (S4879)	4439199	Office Plotter Imp e Copiadoras P GR Formatos Ltda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

772	S4877	Tinta Riso Preta CZ	8169090	Leste Sistemas de Impressão Ltda.
670	45235407	Tinta Preta Cz s4877	4439199	Office Plotter Impres Copiad Gdes Form Ltda.
7234	1858	Tinta preta CZ180 S4877	2151100	Milsul Com. Imp. E Exp. Ltda

A Fiscalização diligenciou junto aos sites dos fornecedores, para apurar as informações atinentes aos produtos, conforme link reproduzido às fls. 1.141/1.142.

Verifica-se que a expressão “tinta preta riso s 4254, na 1ª tela da referida pesquisa, está escrita a expressão correta do produto: Cartuchos de Toner, Tinta.

Cumprir registrar a classificação para tintas segundo as Normas Explicativas do Sistema Harmonizado – NESH, a saber:

32.15 - Tintas de impressão, tintas de escrever ou de desenhar e outras tintas, mesmo concentradas ou no estado sólido.

3215.1 - Tintas de impressão:

3215.11 - - Pretas

3215.19 - - Outras

3215.90 - Outras

A) Tintas de impressão. São preparações de consistência mais ou menos gorda ou pastosa, que se obtêm misturando-se um pigmento preto ou colorido, finamente triturado, com um excipiente. O pigmento utilizado, que é geralmente o negro de carbono para as tintas de impressão pretas, pode ser orgânico ou inorgânico para tintas coloridas. O excipiente é constituído, por exemplo, por resinas naturais ou polímeros sintéticos, dispersos em óleos ou dissolvidos em solventes e uma pequena quantidade de aditivos destinados a dar-lhe as propriedades funcionais desejadas.

C) Outras tintas, entre as quais se citam:

(...)

3) As tintas para duplicadores, para almofadas de carimbos e para fitas de máquinas de escrever.

(Grifos acrescidos).

Importante, ainda, destacar as soluções das consultas na Receita Federal, nas ementas infra transcritas:

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 425 de 23/12/03.

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias:

EMENTA: Código Tec. 3215.11.00. – Tinta de impressão em pó, cor preta, utilizada no enchimento (refil) da câmara de tinta dos cartuchos de tinta em pó para impressoras, a laser, marca registrada Velvetone-Legend, tipo Velvetone Toner, modelos Lexmark, optra “T-610” e “S” e “HP LASERJET-400, fabricada por Graphic Technologies-EUA, apresentadas em Sacos plásticos de 10 Kg e Tambores Cilíndricos de 50 a 200kg e Frascos de 250 ml e 2.0 litros.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 41 de 2/08/09.

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: Código TEC 8443.99.23 Mercadoria: Conjunto de reservatórios de tinta líquida para alimentação de impressoras policromáticas de jato de tinta, não descartável, de plástico translúcido, para ser instalado no interior da impressora em substituição ao cartucho de tinta, desprovido de cabeça de impressão, mesmo contendo circuitos integrados destinados a informar a impressora do modelo do reservatório e das quantidades de tintas restantes, apresentado vazio, comercialmente denominado “Cartucho Recarregável” .

Portanto, as tintas servem para recarga, ou seja, a tinta será colocada em um recipiente dentro da impressora, conforme solução de Consulta nº 425.

Porém, depreende-se que quando o reservatório já contém a tinta, os circuitos, trata-se de cartucho, NCM 8.443.99.23, nos termos da solução de Consulta nº 41, de 21/08/09.

Destaca-se que a Impugnante esteve na SEF/MG com o intuito de mostrar e comprovar que a mercadoria era tinta.

Entretanto, verificou-se tratar-se de cartucho de tinta, pois o reservatório de tinta já vem com a quantidade de tinta certa para ser inserido na impressora, com circuitos integrados.

Esse cartucho é recarregável. Os cartuchos, supostamente identificados como tintas foram fotografados e as respectivas fotos anexadas às fls. 104/106 dos autos.

As Norma Explicativas do Sistema Harmonizado - NESH definem o que é um duplicador hectográfico (que utiliza pasta ou álcool) no NCM 8472.10, que utilizam estêncil encerado, incluídas as pequenas prensas concebidas para serem utilizadas com os aparelhos hectográficos e incluem na posição 8443 as pequenas máquinas de imprimir que utilizam, para impressão tipográfica, litográfica ou em ofsete, folhas de metal ou de plástico, bem como as máquinas mistas suscetíveis de operar simultaneamente por policópia e por impressão (posição 84.43).

O duplicador é uma impressora/copiadora que oferece como diferencial, maior velocidade de impressão de páginas, conforme informações dos próprios fornecedores e está classificado na NESH em 8443.3 – Outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadoras (fax), mesmo combinados entre si. Veja-se:

84.72 - Outras máquinas e aparelhos de escritório (por exemplo, duplicadores hectográficos ou a estêncil, máquinas para imprimir endereços, distribuidores automáticos de papel-moeda, máquinas para selecionar, contar ou empacotar moedas, máquinas para apontar lápis (afiadores mecânicos de lápis*), perfuradores ou grampeadores (agrafadores*).

8472.10 – Duplicadores

Classificam-se especialmente aqui:

1) Os duplicadores do tipo hectográfico (de pasta ou de álcool) e os duplicadores a estêncil encerado, incluídas as pequenas prensas concebidas para serem utilizadas com os aparelhos hectográficos.

Pelo contrário, não se incluem nesta posição, mesmo que se destinem a serem utilizadas em escritórios, as pequenas máquinas de imprimir que utilizam, para impressão tipográfica, litográfica ou em ofsete, folhas de metal ou de plástico, bem como as máquinas mistas suscetíveis de operar simultaneamente por policópia e por impressão (posição 84.43). Do mesmo modo, excluem-se os aparelhos de fotocópia ou de termocópia, bem como os aparelhos para registro fotográfico em microfilmes ou microfichas (Capítulo 90).

84.43 - Máquinas e aparelhos de impressão por meio de blocos, cilindros e outros elementos de impressão da posição 84.42; outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores(fax), mesmo combinados entre si; partes e acessórios (+).

8443.3 - Outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores (fax), mesmo combinados entre si

8443.31 - - Máquinas que executem pelo menos duas das seguintes funções: impressão, cópia ou transmissão de telecópia (fax), capazes de ser conectadas a uma máquina automática para processamento de dados ou a uma rede

8443.32 - - Outros, capazes de ser conectados a uma máquina automática para processamento de dados ou a uma rede

8443.39 - - Outros

8443.9 - Partes e acessórios:

8443.91 - - Partes e acessórios de máquinas e aparelhos de impressão que operem por meio de blocos, cilindros e outros elementos de impressão da posição 84.42

8443.99 - - Outros

Esta posição abrange 1º) todas as máquinas e aparelhos que sirvam para impressão por meio dos elementos de impressão da posição precedente e 2º) as outras impressoras, aparelhos de copiar e aparelhos de telecopiar (fax), mesmo combinados entre si.

II. - OUTRAS IMPRESSORAS, APARELHOS DE COPIAR E APARELHOS DE TELECOPIAR(FAX), MESMO COMBINADOS ENTRE SI

Este grupo abrange:

A) As impressoras.

Incluem-se neste grupo os aparelhos para a impressão de textos, caracteres ou imagens em suportes de impressão, exceto os descritos na Parte I, acima. Estes aparelhos aceitam dados de diferentes fontes (por exemplo, máquinas automáticas para processamento de dados, escâneres planos de escritório, redes). A maioria destes aparelhos incorpora uma memória para armazenar tais dados.

Os produtos desta posição podem criar caracteres ou imagens por meio de laser, de jato de tinta, de uma matriz de pontos ou pelo processo de impressão térmica. Os dois tipos de impressoras mais comuns são:

Incluem-se neste grupo as impressoras apresentadas separadamente para serem incorporadas em ou ligadas a outros produtos da Nomenclatura (por exemplo, as impressoras de bilhetes das caixas registradoras da posição 84.70)

Há também informações sobre o funcionamento dessas impressoras, onde se pode constatar que a mercadoria identificada como “tinta” é um cartucho recarregável e não apenas tinta para recarga.

Às fls. 1.146, o Fisco indica link importante para a elucidação da questão, onde se pode assistir à demonstração da substituição de mesmo cartucho fotografados na SEF/MG.

Portanto, as classificações usadas foram as mais adequadas de acordo com a NESH, com os ementários, com a informações dos sites e aquelas informadas pelos fornecedores da Impugnante.

No que se refere à penalidade, tal exigência está prevista em lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Multa de Revalidação, exigida no percentual de 100% (cem por cento), está em estrita consonância ao disposto no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Examine-se:

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.

(...)

§ 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;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

(Grifou-se).

O percentual da multa de revalidação foi legalmente aplicado conforme a legislação de regência, quando o remetente, substituto tributário, não recolher ou reter à menor o imposto.

A exigência em dobro da multa tem como finalidade desestimular a grave conduta de não retenção ou recolhimento do ICMS, a título de substituição tributária, que é fonte de receita tributária pública.

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO

QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Cumpra registrar a correta inclusão da Autuada, destinatária dos produtos, no polo passivo da obrigação tributária em consonância à legislação vigente.

Ao contrário do que sustenta a Autuada, o art. 15, Anexo XV, RICMS/02, é totalmente válido uma vez que seus fornecedores estão estabelecidos em estados, signatários dos Protocolos ICMS nº 31/09 e 192/09, e descumpriram cláusulas neles estabelecidas

Nesse diapasão, uma vez que a Constituição da República de 1.988 (CR/88) delega aos estados membros a competência para instituição de imposto ICMS (art. 155, inciso II da CR/88), não há que se falar em ilegalidade.

Cumpra reiterar que os Protocolos nº 31/09 e nº 192/09 atribuem aos fornecedores, a responsabilidades pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, na qualidade de substitutos tributários, em operações comerciais com destinos a estabelecimentos mineiros.

No caso em exame, a responsabilidade tributária está prevista no art. 22, inciso II da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

Cumpra registrar que a Impugnante descumpriu o dever legal de verificar o correto recolhimento e retenção do ICMS/ST.

Não tendo ocorrido o destaque/recolhimento do ICMS/ST por parte dos fornecedores (substitutos tributários), caberá à Autuada (substituída) a responsabilidade pelo imposto, nos termos do § 18 do art. 22 da Lei nº 6.763/75. Examine-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 22. (...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

A Autuada alega ainda que o lançamento viola os princípios da pena à pessoa do infrator, já que não concorreu e não se beneficiou dos supostos ilícitos fiscais, sendo apenas adquirente de boa-fé.

Contudo, sem razão a Defesa.

A Impugnante, enquanto contribuinte, tem a obrigação de recolher o ICMS conforme dispõe o art. 16, inciso IX da Lei 6.763/75, sendo que boa parte dos produtos comercializados por ela são sujeitos à substituição tributária.

No caso de protocolo, essa obrigação deve ser cumprida nos termos assinados entre os estados fornecedores e o estado de Minas Gerais, conforme disciplinado no Anexo XV do RICMS/02.

Ademais, a Autuada tem o dever de cumprir todas as obrigações previstas na legislação tributária vigente.

A Impugnante descumpriu a obrigação, ao receber as mercadorias em seu estabelecimento sem a retenção e recolhimento antecipado do ICMS/ST pelos fornecedores, em face da legislação tributária mineira, bem como os protocolos de que o estado de Minas Gerais é signatário.

A sua obrigação, ao verificar o descumprimento por parte dos fornecedores, é de recolher o ICMS/ST devido em suas operações.

Assim sendo, foi lançado o Auto de Infração em epígrafe, nos estritos termos legais.

A solidariedade é um instituto jurídico na qual duas ou mais pessoas estão no mesmo polo passivo. Ela é solidária em relação às obrigações principais e acessórias.

A solidariedade legal é aquela na qual duas ou mais pessoas assumem concomitantemente a responsabilidade pela totalidade da dívida.

Há solidariedade legal entre os fornecedores e a Impugnante, pois todos têm a obrigação quanto ao recolhimento do ICMS/ST em face do art. 124, inciso II do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante, na parte em que discorre sobre serem as mercadorias atreladas a supostos contratos de locação para uso e consumo dos locatários, invoca a aplicação mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112, inciso II do CTN.

Tal dispositivo legal diz respeito a infrações/penalidades. Confira-se:

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;

(...)

Todavia, no caso dos autos, a situação posta está clara e não remanescem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco à norma por ele invocada para sustentar o lançamento.

A Impugnante alega também que alguns produtos apresentaram problemas, exibindo registro no site “Reclame Aqui”.

Nesse caso, da documentação apresentada, (fls. 734), verifica-se que a Impugnante vende e a empresa Procedata conserta.

Toda empresa, que vende produto durável, está obrigada a oferecer garantia dos produtos vendidos conforme previsão no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto esse fato não justifica a falta de recolhimento ou o recolhimento à menor dos impostos referentes às partes substituídas, que são peças novas, fato gerador do ICMS.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – 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;

(...)

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais.

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. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.041/1.114. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Tiago Abreu Gontijo e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 16 de agosto de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator