

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.188/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001042839-88
Impugnação: 40.010146378-63
Impugnante: Michelin Espirito Santo Com Imp. Exportação Ltda
IE: 057908152.01-22
Proc. S. Passivo: Enrico Estefan Mannino/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT/RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Constatada de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, relativo ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de “Pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha”, CNAE 45.30.7-02, listados no item 4 do Capítulo 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com efeitos até 31/12/15. Infração caracterizada nos termos do arts. 12 e § 2º e 13 e 15 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências do ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, na condição de substituta tributária externa, por força do Protocolo ICMS nº 41/08 e Convênio ICMS nº 85/93, deixou de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (DIFAL/ST - diferença de alíquota inerente à mercadoria sujeita à ST), nas operações com os produtos “Pneumáticos, câmara de ar e protetores de borracha”, (CNAE 45.30-7-02), relacionados no item 4 do Capítulo 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (efeitos até 31/12/15), destinados ao uso e consumo ou ativo permanente dos contribuintes destinatários mineiros, no período de 01/07/14 a 30/11/15.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Início Ação Fiscal – AIAF nº 10.000.026.074-31(fl.02); Auto de Infração-AI (fls. 05/08); Anexo 1 – Relatório Fiscal Contábil (fls. 09/16); Anexo 2 – Demonstrativo do Cálculo do ICMS-ST devido (fls. 17/18); Anexo 3 – Demonstrativo de Cálculo do ICMS-ST Apurado (fls. 19/21); Anexo 4 – Documentos Auxiliares da NF-e autuados (fls. 22/30); Anexo 5 – cópia de acórdãos e jurisprudências (fls. 31/63).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 67/88, acompanhada dos documentos de fls. 89/187, alegando em síntese que:

- inexistente no caso concreto fato gerador da substituição tributária, na medida em que as mercadorias são destinadas ao processo produtivo de consumidor final, hipótese do art. 18, inciso IV do Anexo XV do RICMS/02;

- o ICMS/ST somente seria legitimamente devido nas hipóteses em que ocorrer operações de circulação subsequentes, ou seja, quando ocorrer novo fato gerador posteriormente àquela operação realizada, nos termos do art. 150, § 7º da Constituição da República de 1988 – CR/88;

- devido à inexistência do fato gerador presumido, o sujeito passivo por substituição não figuraria responsável nessas operações, visto que não houve operação subsequente;

- transcreve o art. 150, § 7º da CR/88 e art. 10 da Lei Complementar nº 87/96, que dispõem sobre a hipótese de restituição do imposto ao contribuinte substituído quando o fato gerador presumido não se realizar;

- as operações autuadas estão contempladas pelo art. 18, inciso IV do Anexo XV do RICMS/02, que prevê a inaplicabilidade do ICMS/ST nas operações de mercadorias destinadas a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize a mesma mercadoria;

- as mercadorias autuadas não se tratam de simples pneumáticos facilmente adquiridos em qualquer revendedor, mas sim de pneus especialmente fabricados para serem utilizados nos instrumentos de mineração da empresa Nacional Minérios S/A, sendo indispensáveis à consecução de seu objeto social;

- o insumo deve ser auferido à luz dos critérios da essencialidade, relevância e imprescindibilidade do bem para o desenvolvimento da atividade econômica do contribuinte, e conceitua “essencialidade” e “relevância”;

- deveriam ser considerados insumos todos os bens e serviços pertinentes ao processo produtivo, ou que o viabilizam, cuja subtração implica na impossibilidade de prestação do serviço ou na produção do produto, obstando-a, ou importando em substancial perda de qualidade do mesmo,

- os produtos autuados (pneumáticos) se enquadrariam na situação retro apresentada, visto que a Nacional Minérios S/A os emprega diretamente em seu processo industrial;

- transcreve jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça –STJ acerca da matéria;

- discorre sobre a Consulta de Contribuintes nº 103/00, e seu efeito instrutivo e normativo, com esclarecimentos e interpretação das normas tributárias,

contribuindo para a transparência da autuação fiscal, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional – CTN;

- a referida consulta concluiu pela inaplicabilidade de regime de substituição tributária, nas operações que destinem mercadorias para empresas de serviço de transporte mineiras, tendo em vista a ausência de operação subsequente com tais mercadorias;

- as multas aplicadas são inconstitucionais e apresentam natureza confiscatória;

- solicita a produção de prova pericial e elenca os quesitos de fls.88;

- requer o cancelamento do crédito tributário.

Pede a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 188/203, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Do Pedido de Perícia

A Impugnante requer a produção de prova pericial, de modo a promover a análise das notas fiscais que documentam as operações por ela efetuadas para demonstrar a inexigibilidade do ICMS/ST.

Para isso, apresenta os quesitos de fls. 88.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão, não havendo necessidade de prova pericial para confirmar a exigibilidade do imposto.

Cita-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Ademais, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

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:

(...)

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

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, na condição de substituta tributária externa, por força do Protocolo ICMS nº 41/08 e Convênio ICMS nº 85/93, deixou de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (DIFAL/ST - diferença de alíquota inerente à mercadoria sujeita à ST), nas operações com os produtos “Pneumáticos, câmara de ar e protetores de borracha”, (CNAE 45.30-7-02), relacionados no item 4 do Capítulo 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (efeitos até 31/12/15), destinados ao uso e consumo ou ativo permanente dos contribuintes destinatários mineiros, no período de 01/07/14 a 30/11/15.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, conforme esclarecido pela Fiscalização, que o valor do imposto devido a título de ICMS/ST em razão da operação de remessa de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, foi calculado mediante aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo.

A Defesa, em sua impugnação, manifesta-se pela improcedência do lançamento.

Argumenta que as operações autuadas – venda de pneumáticos - não estão sujeitas ao ICMS/ST porque se consubstanciam em vendas de mercadorias diretamente a consumidor final do produto, inexistindo, dessa forma, o fato gerador da respectiva obrigação tributária.

Acrescenta que o art. 150, § 7º da Constituição da República de 1988 – CR/88, estipula que o responsável tributário somente deve recolher o imposto quando existir uma operação subsequente.

Em que pese a argumentação apresentada, deve-se destacar que no presente caso a exigência do Fisco referente ao imposto devido a título de diferencial de alíquota é de responsabilidade do substituto tributário, uma vez que o destinatário também é contribuinte do imposto.

A responsabilidade tributária do diferencial de alíquota está prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, confira-se:

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

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

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

(...) (Grifou-se)

Da mesma forma, essa responsabilidade encontra-se prevista no § 2º do art. 12 e no inciso II do art. 20, ambos do Anexo XV do RICMS/02, vigentes à época dos fatos geradores, examine-se:

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

“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 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.”

(...)

Efeitos de 1º/10/2011 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, III, ambos do Dec. nº 45.747, de 29/09/2011:

“§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 24, 26, 29 a 32, 39 e 43 a 48 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.”

Efeitos de 1º/01/2010 a 30/09/2011 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 45.252, de 21/12/2009:

“§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 16, 18 a 24, 26, 29 a 32, 39, 43 a 46 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.”

(...)

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

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual sobre a respectiva base de cálculo.”

(Grifou-se).

Portanto, corretas as exigências fiscais nas operações em que o destinatário configura como consumidor final e contribuinte do imposto.

A Impugnante alega que, *“nas transações que objetivam a remessa de mercadorias a empresas que as utilizarão em processo industrial, isto é, como insumo, não será aplicável o regime de substituição tributária do recolhimento do ICMS”*, de acordo com o art. 18 do Anexo XV do RICMS/02.

Entende que as operações de vendas de pneus à empresa Nacional Minérios S/A se enquadram na referida situação, ao argumento de que tais operações tem o objetivo de utilizar as mercadorias adquiridas como insumo em processo de industrialização. Para tanto arguiu que referias mercadorias seriam produzidas especialmente com a finalidade de viabilizar o transporte de minério.

Correta a ponderação da Defesa no tocante ao art. 18 do Anexo XV do RICMS/02. Contudo, ao contrário do alegado, verifica-se que as mercadorias comercializadas pela Autuada não podem ser classificadas como insumos em processo de industrialização, pois indubitavelmente, referem às mercadorias destinadas para uso e consumo do estabelecimento destinatário.

Ressalta-se que, nas vendas de pneus destinadas à empresa Nacional Minérios S/A, o Fisco exigiu somente o ICMS relativo ao diferencial de alíquota, considerando que os pneus comercializados foram destinados a uso e consumo do estabelecimento contribuinte do imposto.

Vale destacar que a Autuada não traz aos autos qualquer prova capaz de demonstrar a aplicação da mercadoria no processo produtivo do destinatário, sequer são juntadas declarações deste último atestando tal fato.

Também não afasta o lançamento o entendimento externado pela Secretaria de Estado de Fazenda por meio Consulta de Contribuinte nº 103/00.

De fato, correta a observação da Impugnante acerca da inaplicabilidade do regime de substituição tributária nas operações destinadas a empresas de serviço de transporte, de remessa de pneus a serem utilizados nas prestações de serviço, conforme a citada consulta, afinal *“a empresa de transporte não promoverá operação subsequente com essas mercadorias”*, pois *“lhe servirão como insumos necessários à prestação dos serviços”*.

No entanto, conforme bem esclarecido pelo Fisco, o destinatário da mercadoria no Auto de Infração em exame, é a empresa cujo objeto social está voltado para a exploração mineral, extração de minério de ferro, e nestas circunstâncias, salvo prova em sentido concreto, referido contribuinte deve ser tratado como consumidor final nas aquisições de pneus, justificando a cobrança do imposto relativo ao diferencial de alíquotas.

Pelo exposto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal de ICMS/ST e a respectiva multa de revalidação em dobro.

No tocante à exigência da Multa Isolada, o lançamento está fundamentado no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

A Autuada não faz qualquer consideração acerca do tipo aplicado, omissão que acaba reforçando o entendimento de não remanescerem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado à norma utilizada pelo Fisco para sustentar o lançamento.

Diante da falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, nas operações em que se entendia que não era devido o imposto é cabível o inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso 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;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, CONCLUO 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.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 05 de fevereiro de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora

CS/D