

Acórdão: 16.183/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109400-31
Recurso de Agr: 40.030110031-13
Impugnante/Agr.: Itabira Agro Industrial S/A
Proc. S. Passivo: Delcides Gonçalves Maciel Júnior/Outros
PTA/AI: 01.000141377-11
CNPJ: 27.175959/0001-14
Origem: DF/ Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Não se afigura necessária a realização de prova pericial, o que justifica o indeferimento do pedido correspondente, nos termos do art. 116, inc. I, da CLTA/MG. Recurso não provido. Decisão unânime.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CIMENTO - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas vendas de cimento por estabelecimento de outra unidade da Federação a contribuintes mineiros, destinados a uso e consumo, sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST. Infração caracterizada nos termos do artigo 166, Anexo IX, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, nas operações de remessa de cimento a diversos contribuintes mineiros, nos exercícios de 1997 e 1998, pelo contribuinte substituto, localizado em outra unidade da Federação, devido pela entrada do aludido produto junto a tais destinatários, para “uso e consumo”, como estabelece o artigo 166, do Anexo IX, do RICMS/96. Exige-se ICMS/ST e MR (100%).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 28 a 45), por intermédio de procurador regularmente constituído alegando em síntese:

- não obstante o Decreto regulamentador do ICMS do Estado de Minas Gerais supostamente contenha a obrigação de recolher o ICMS/ST resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas vendas a consumidor final do Estado de Minas Gerais, tal dispositivo jamais foi instituído por qualquer lei, não podendo, por conseguinte, ser exigido;

- a alegada retenção de imposto a menor não se constitui em hipótese de incidência do ICMS, cuja previsão normativa contempla as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- “Retenção de imposto a menor” não se enquadra no pressuposto de incidência do tributo, segundo o artigo 1º, da Lei n.º 5.298/96 do Espírito Santo;

- a não identificação da ocorrência do fato gerador e da matéria tributável tornam nula, de pleno direito, a ação fiscal, por impedir o pleno exercício do direito de defesa, assegurado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal;

- inexistente lei relativa ao regramento da substituição tributária nas operações interestaduais, a autoridade administrativa limita-se a indicar as cláusulas do Protocolo ICM n.º 11/85, como se esse ato normativo pudesse legitimar o lançamento. Mesmo que cláusulas estabelecidas a nível de Convênio e/ou Protocolo possam obrigar as entidades signatárias, não poderão elas, sem que sejam referendadas pelo Poder Legislativo - o que de fato não ocorreu - criar obrigações ou deveres tributários, sem que afete a estrita legalidade assegurada constitucionalmente;

- outra anormalidade que afeta o lançamento consiste na inaplicabilidade da legislação de Minas Gerais para regular obrigações e deveres de contribuinte estabelecido no Estado do Espírito Santo;

- o próprio Auto de Infração, ao mencionar o §1º do artigo 43 do RICMS/96, demonstra que a obrigatoriedade de recolher o tributo por eventual diferença entre a alíquota interna e a do Estado remetente da mercadoria, é do contribuinte adquirente da mesma, no Estado de Minas Gerais e nunca do remetente;

- nas operações que realizou, reteve e recolheu o imposto efetivamente devido, utilizando-se exatamente da fórmula de cálculo estabelecida na cláusula quarta do Protocolo ICM 11/85, sem razões para se falar em “retenção de imposto a menor”;

- a multa aplicada possui, inquestionavelmente, natureza moratória, diversa, portanto, de penalidade, e tem por suporte fático, atraso no pagamento de tributo, de caráter nitidamente indenizatório;

- ainda que se admita a exigibilidade da multa em apreço, a mesma jamais poderia alcançar o limite de 100%, sob pena de contrariedade à Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco e assegura o direito de propriedade;

- esta, estabelecida com atividade industrial, jamais consegue obter, nos negócios que realiza, margem de lucro que supere 5% do valor da operação, por esta razão, entende não ser razoável e proporcional a aplicação de multa na ordem de 100% do valor do débito.

Protesta por produção de prova pericial indicando seu assistente técnico e formulando um único quesito e requer, ao final, a nulidade do lançamento com a conseqüente extinção do presente processo tributário administrativo e, caso o mesmo prospere, a redução da multa para, no máximo, 2% do valor principal do débito.

O Fisco, às fls. 117 a 124, refuta as alegações da defesa, aos seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Auto de Infração não contém nulidade material, uma vez que a motivação da lavratura e a sua conseqüente cominação legal se referem à falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST por parte da Autuada, incidente pelas entradas de cimento em estabelecimentos de contribuintes mineiros, destinado para uso ou consumo dos destinatários, e tal fato é bastante claro na peça fiscal;

- a alegação de nulidade material visando argüir a validade do ato administrativo do lançamento do imposto não passa de mera digressão, uma vez que a lavratura o lançamento seguiu os ditames dos artigos 57 e 58 da CLTA/MG;

- também não merece acolhida o questionamento apresentado quanto à utilização do regime de substituição tributária nas operações realizadas, pois este regime está previsto na Lei Complementar n.º 87/96 e Minas Gerais, ao regulamentar essa matéria, o fez no artigo 22, da Lei n.º 6.763/75;

- segundo o artigo 96 da Lei Complementar n.º 87/96, a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados, do qual Minas Gerais é signatário.

- o Protocolo ICM n.º 11/85, instituiu o regime de substituição tributária nas operações de cimento de qualquer espécie, e seus termos estão recepcionados no artigo 166 e seguintes do Anexo IX, do RICMS/96, conferindo-lhe plena operacionalidade;

- a alegação de falta de indicação de dispositivos legais tidos como infringidos, na legislação do Espírito Santo, torna inaplicável a nulidade requerida pela Impugnante;

- a multa de revalidação de 100% é a legalmente prevista para o caso;

- as cópias de notas fiscais e de uma pauta fiscal instituída pelo Estado do Espírito Santo para a cobrança do ICMS/ST sobre fretes, apensados à impugnação, são dispensáveis pois que não foram objeto da ação fiscal;

- a Impugnante não solicita uma perícia e sim uma confirmação da existência de normas legais que o obriguem ao recolhimento do ICMS/ST no caso em questão.

Requer a procedência do lançamento.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl.129), o mesmo foi agravado às fls. 134/135.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 142 a 148, opina, em preliminar, pela rejeição da argüição de nulidade do Auto de Infração e pelo não provimento do Recurso de Agravo. Quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Recurso de Agravo

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que o quesito proposto apenas questiona a competência tributária do Estado de Minas Gerais para figurar como sujeito ativo do lançamento em questão.

Assim, o requerimento de perícia indeferido, e ora objeto de Recurso de Agravo não merece acolhida, pelo que nega-se provimento ao mencionado Recurso, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante pretende a nulidade do lançamento por entender que, ainda que as cláusulas estabelecidas a nível de Convênios e/ou Protocolos possam obrigar as entidades signatárias, não poderão fazê-lo sem que sejam referendadas pelo Poder Legislativo.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 44/83 fez vários acréscimos ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, entre os quais o § 4º do artigo 6º que estabelecia que a substituição dependeria de convênio entre os Estados interessados caso o responsável e o contribuinte substituído estivessem estabelecidos em Estados diversos.

O Regimento do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), em seu Capítulo IV - Dos Protocolos, estabelece:

“Art. 38 - Dois ou mais Estados e Distrito Federal poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns visando:

I - a implementação de políticas fiscais;

II - a permuta de informações e fiscalização conjunta;

III - a fixação de critérios para elaboração de pautas fiscais;

IV - outros assuntos de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

Parágrafo único. Os Protocolos não se prestarão ao estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais.

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É fato, portanto, que a celebração de Protocolos entre dois ou mais Estados da Federação é atividade perfeitamente legal sendo dispensável a sua ratificação pelo Poder Legislativo.

O Protocolo ICM n.º 11/85, a que se refere o Fisco como um dos dispositivos infringidos, não aumentou, reduziu ou revogou benefícios fiscais, apenas dispôs sobre a substituição tributária nas operações com cimento de qualquer espécie.

A alegada inaplicabilidade da legislação tributária do Estado de Minas Gerais para regular deveres e obrigações de contribuinte estabelecido no Estado do Espírito Santo é procedente, entretanto, no caso dos autos, o que está a regular os procedimentos tributários do contribuinte espírito-santense são as normas oriundas do Protocolo ICM n.º 11/85, assinado por vários estados da federação, entre os quais, os da presente lide, ou seja, Minas Gerais e Espírito Santo.

Destarte, não merece acolhida a pretensão da Impugnante de nulidade do Auto de Infração, devendo ser rejeitada a dita preliminar.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se ao fato da Impugnante ter deixado de reter e recolher o ICMS/ST devido pela entrada de cimento junto a diversos contribuintes mineiros, para “uso e consumo”, como estabelece o artigo 166, do Anexo IX, do RICMS/96.

O artigo 32, Parte Geral, do RICMS/96, determina que o valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pelas operações próprias.

Por meio do “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido” (fls. 12 a 24) pôde-se constatar que o Fisco formou a base de cálculo do ICMS/ST pela agregação dos valores de IPI e frete ao valor total de cada nota fiscal.

Sobre esta base de cálculo aplicou a alíquota de 18% (vigente nas operações internas com o produto em questão), o que também traduz-se num procedimento correto.

Os dispositivos do Regulamento do ICMS citados como infringidos (fls. 03, 08 e 09), traduzem a infração cometida e permitem a perfeita identificação da natureza do ilícito tributário, a saber:

- o artigo 20, inciso III, em caráter geral, atribui ao remetente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo destinatário da mercadoria, na hipótese de sua entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente;
- o artigo 166, do Anexo IX, impõe tal exigência nas operações com cimento promovidas por estabelecimento industrial;
- o artigo 32 define a forma de apuração do ICMS/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os artigos 35 e 85, inciso II, subalínea “a.1”, prevêm, nessa ordem, o pagamento do imposto mediante GNRE e o prazo para tal quitação.

A Impugnante não admite que o lançamento legitime-se através do Protocolo ICM n.º 11/85 por entender que este ato administrativo, sem o referendo do Poder Legislativo, não pode obrigar as entidades signatárias. Entretanto é indiscutível a responsabilidade a ela atribuída, como substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na entrada de cimento para uso e consumo do destinatário.

Além do artigo 20, inciso III, Parte Geral, c/c artigo 166, do Anexo IX, ambos do RICMS/96, toda a legislação tributária converge para o mesmo entendimento.

A Lei Complementar n.º 87/96 assim dispôs em seu artigos 6º e 9º:

“Art. 6º - Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte 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 subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados

.....”

Na legislação do Estado de Minas Gerais, especificamente, a Lei n.º 6.763/75 a condição de substituto tributário da Impugnante é perfeitamente definida:

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

.....

III - adquirente ou destinatário da mercadoria, ainda que não contribuinte, pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Caso o responsável esteja situado em outra unidade da Federação, a substituição dependerá de acordo entre os Estados envolvidos.

.....”

O Protocolo ICM n.º 11/85, com suas posteriores alterações, traduz-se no citado acordo entre os Estados da Federação, atribuindo a condição de contribuinte substituta à Impugnante nas operações relacionadas nos autos.

Estando, a infringência e a penalidade, corretamente capituladas no Auto de Infração e, não tendo havido retenção do imposto devido por substituição tributária por parte da Impugnante, a multa de revalidação foi corretamente aplicada em dobro.

Apesar dos fatos geradores da presente exigência fiscal serem anteriores a 31 de dezembro de 1997 (período para o qual a MR legalmente prevista era de 100%), ressalta-se a correção da aplicação da MR como o dobro de 50% do valor do imposto consoante o artigo 56, inciso II, § 2º da Lei n.º 6.763/75, em razão da retroatividade da Lei n.º 12.729/97, face o disposto no artigo 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante também não são suficientes para invalidar o lançamento analisado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. Ainda em preliminar, também à unanimidade, rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cláudia Campos Lopes Lara e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 02/07/03.

José Luiz Ricardo
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ/lhmb