

PROCESSO - A. I. Nº 297856.0200/16-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA. (FIASA)
RECORRIDOS - FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA. (FIASA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCESSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0198-05/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NA BAHIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Mantida a exigência fiscal somente em relação ao fato gerador verificado no mês maio de 2013, visto que o Convênio ICMS 22/13 que promoveu alteração no texto do Convênio ICMS 133/02, somente entrou em vigor na data da publicação da sua retificação nacional no DOU de 30.04.13, pelo Ato Declaratório nº 6/13. O Convênio ICMS 133/02 dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS (imposto devido na unidade federada de origem das mercadorias) nas operações interestaduais realizadas por estabelecimento fabricante ou importador de veículos automotores relacionados nos seus anexos, sujeitos ao regime de cobrança monofásica das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, a que se refere a Lei Federal nº 10.485, de 03.07.2002. Não acolhido o pedido de exclusão da multa por descumprimento de obrigação principal sob a alegação de afronta ao princípio do não confisco. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados em relação à Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/06/2016 para cobrar ICMS no valor de R\$69.951,71, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 – Quadro Resumo – Valores mensais do ICMS ST retidos a menor, ano 2013 (pág. 05) e demonstração analítica no Relatório Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor, relativo ao exercício de 2013 (págs. 07 e 08), conforme Convênio ICMS 132/92, de 29 de setembro de 1992 e suas alterações. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrências verificadas nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio.

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0198-05/16A, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do presente auto, conforme voto transscrito abaixo:

VOTO

“O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação, relacionada à retenção a menor de ICMS devido por substituição tributária, em operações de vendas interestaduais de veículos automotores importados para concessionárias localizadas no Estado da Bahia, sujeitando ao recolhimento do antecipado do ICMS, nos

termos do Conv. ICMS 132/92 e do art. 6º da Lei Complementar nº 87/96. O ICMS ST exigido corresponde à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas no Estado da Bahia sobre a base de cálculo e o valor do imposto devido nas operações próprias do substituto, verificadas no Estado de Minas Gerais.

Na fase de defesa o contribuinte, através de seu patrono, argumenta que os autuantes ao procederem ao cálculo do ICMS ST no período de janeiro a maio de 2013 aplicaram a regra prevista no Conv. ICMS 133/02 (acrescida pelo Conv. ICMS 22/13) e internalizada na legislação do Estado da Bahia, em 20/06/2013, que estabelecia a redução de base de cálculo do ICMS devido na operação própria com veículos importados (alínea “c” do inciso I, da cláusula primeira), o que teria resultado no recolhimento a menor do ICMS ST a ser recolhido para o erário baiano. Ressaltou a defesa que a referida redução de base de cálculo das operações próprias não existia à época dos fatos geradores lançados no A.I., pois a regra do Conv. ICMS 133/02 foi somente internalizada na legislação do Estado da Bahia em 20/06/2013, por força da alteração promovida no RICMS-BA, pelo Decreto nº 14.550, de 19/06/13, DOE de 20/06/13, efeitos a partir de 20/06/2013, não havendo que se falar em recolhimento a maior no Estado de origem (Minas Gerais) e o consequente recolhimento a menor do ICMS/ST ao Estado da Bahia, no período objeto da autuação, a menos que se entenda que a obrigação de redução da base de cálculo do ICMS próprio para veículos importados passou a vigorar com a entrada em vigor da regra disposta na Cláusula Primeira, inc. I, letra “c”, do Conv. ICMS 133/02, que se verificou em 30/04/2013.

Em razões subsidiárias a impugnante suscitou a necessidade de ajustamento ou cancelamento da multa de infração, no patamar de 60%, por entendê-la confiscatória e exigida em contrariedade às mais recentes decisões do STJ e do STF, reproduzidas na peça defensiva.

Os autuantes ao prestaram informação fiscal (doc. fls. 89 a 91), concordaram com a alegação da defendente no que diz respeito às operações realizadas até 30 de abril de 2013. Para as operações realizadas a partir do dia 1º de maio de 2013 afirmaram que a autuada já deveria ter processado o cálculo do ICMS ST observando a redução de base de cálculo em 5% (cinco por cento) incidente sobre o imposto devido na unidade federada de origem.

Está correto o entendimento manifestado pelos autuantes na informação fiscal, visto que o Conv. ICMS 22/13 que promoveu alteração no texto do Conv. ICMS 133/02, somente entrou em vigor na data da publicação da sua retificação nacional no DOU de 30.04.13, pelo Ato Declaratório nº 6/13. O referido Convênio 133/02 dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS (imposto devido na unidade federada de origem das mercadorias) nas operações interestaduais realizadas por estabelecimento fabricante ou importador de veículos automotores relacionados nos seus anexos, sujeitos ao regime de cobrança monofásica das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, a que se refere a Lei Federal nº 10.485, de 03.07.2002.

Em razão da regra acima expressa a cobrança da diferença de ICMS ST por conta da redução da base de cálculo do imposto incidente na operação própria somente é devida em relação ao fato gerador ocorrido em 31/05/2013, no valor principal de R\$12.174,51.

A defendente contestou ainda a multa exigida no A.I., no percentual de 60%, alegando o efeito confiscatório da penalidade lançada e pedindo a sua exclusão. Não acolho a postulação defensiva, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

“Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Inconformada com a decisão de Primeira Instância, a recorrente interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir.

Aduz que, conforme será demonstrado, o ICMS/ST decorrente das operações realizadas em maio de 2013 também deve ser cancelado, uma vez que a Recorrente só teria que reduzir a base de cálculo do ICMS próprio (devido ao Estado de Minas Gerais), após a internalização da regra do Convênio ICMS 22/13 pela legislação mineira, o que ocorreu em setembro de 2015.

Assevera que: “*O acórdão recorrido manteve o crédito tributário das operações realizadas em maio de 2013, sob o fundamento de que, nesse período, a Recorrente já teria obrigação de reduzir a base de cálculo do ICMS próprio, pois já estaria em vigor o Convênio ICMS nº 22/13.*”

Afirma que, “*O referido Convênio alterou a redação do Convênio ICMS nº 133/02 para conceder a redução da base de cálculo do ICMS próprio (devido na Unidade Federada de origem da mercadoria) em 5% (cinco por cento), nas operações de venda interestaduais de veículos importados realizadas por empresa sujeita ao recolhimento de PIS e COFINS no regime monofásico (como é o caso da Recorrente).*”

Que transcreve:

“Cláusula primeira Nas operações interestaduais efetuadas por estabelecimento fabricante ou importador das mercadorias relacionadas nos Anexos I, II ou III, em que a receita bruta decorrente da venda dessas mercadorias esteja sujeita ao pagamento das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), considerando as alíquotas de 1,47% (um inteiro e quarenta e sete centésimos por cento) e 6,79% (seis inteiros e setenta e nove centésimos por cento), respectivamente, nos termos da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, a base de cálculo do ICMS, relativamente à mercadoria:

I - constante no Anexo I, fica reduzida do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

(...)

c) 5% (cinco por cento), na hipótese de operação de saída tributada pela alíquota interestadual de 4% (quatro por cento). ” – Destacou-se.

Entende que, somente após a internalização da regra do Convênio ICMS 22/13 pela legislação do Estado de Minas Gerais, Estado do domicílio da Recorrente, é que essa passou a ter obrigação de reduzir a base de cálculo do ICMS próprio.

Diz que, conforme os art 155, §2º, XII, ‘g’ da Constituição Federal de 1988, visando evitar a “guerra fiscal”, determina que em matéria de ICMS cabe a Lei Complementar *“regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”*

Assim a Lei Complementar nº 24/75, determina que a deliberação interestadual para a concessão de isenções e benefícios fiscais, como redução da base de cálculo, deve ser feita por meio de convênios. Desta forma, *os Convênios são acordos entre as unidades federadas necessários para concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS, mas não criam, por si só, as desonerações tributárias.*

Cita e transcreve Jurisprudência e legislação sobre essa questão.

Frisa que, *“No caso das operações autuadas, como o ICMS próprio é devido ao Estado de Minas Gerais (Estado de domicílio da Recorrente), a aplicabilidade da redução da base de cálculo prevista no convênio ICMS nº 22/13 ocorreu somente após a internalização das disposições do convênio pela legislação mineira, o que ocorreu em 29/09/2015, por meio do Decreto nº 48.846/2015”*, que transcreve.

Nesta toada, *“Sendo assim, em pese o Convênio ICMS nº 22/13 ter sido publicado em 30 de abril de 2013, a Recorrente (sediada em Minas Gerais) somente teria a obrigação de reduzir a base de cálculo do ICMS próprio nas operações interestaduais de veículos importados, a partir do dia 29.09.2015, data em que a legislação do Estado de Minas Gerais internalizou as regras do Convênio.”* (Grifos originais).

Conclui que: *“Ante o exposto, restando demonstrado que em maio de 2013 a Recorrente não poderia reduzir a base de cálculo do ICMS próprio, já que a regra do Convênio ICMS nº 22/13 ainda não havida sido incorporada pela legislação mineira, deve ser parcialmente reformado o v. acordão, restando cancelado o lançamento fiscal também no que diz respeito ao imposto decorrente das operações ocorridas nesse período.”*

A Recorrente pede a aplicação do Art. 112 e do Parágrafo Único do art. 100 do CTN, que transcreve.

Desta forma, *“a Recorrente não pode ser penalizada por ter simplesmente dado aplicabilidade à legislação do Estado competente para legislar acerca do ICMS próprio nas operações autuadas, devendo ser determinado a exclusão da penalidade aplicada (multa de 60% do valor do imposto e juros), nos termos dos arts. 100, parágrafo único, e art. 112, ambos do CTN.”*

Por fim, requer que:

1. Em vista do exposto, requer-se seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente a d. decisão recorrida, para que seja cancelada a exigência fiscal decorrente das operações realizadas em maio de 2013, uma vez demonstrado que nesse período o Estado de Minas Gerais não havia internalizado as regras do Convênio ICMS 22/13.

2. Na improável e injustificada hipótese de não ser deferido o pedido acima, requer-se seja cancelada a penalidade aplicada, nos termos dos arts. 100 e 112 do CTN (neste caso, inclusive dos juros de mora).

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, face à retenção a menor de ICMS devido por substituição tributária, em operações de vendas interestaduais de veículos automotores importados para concessionárias localizadas no Estado da Bahia, sujeitando ao recolhimento do antecipado do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 132/92 e do art. 6º da Lei Complementar nº 87/96. O ICMS ST exigido corresponde à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas no Estado da Bahia sobre a base de cálculo e o valor do imposto devido nas operações próprias do substituto, verificadas no Estado de Minas Gerais.

Os autuantes ao prestaram informação fiscal (doc. fls. 89 a 91), concordaram com a alegação da defendant no que diz respeito às operações realizadas até 30 de abril de 2013. Para as operações realizadas a partir do dia 1º de maio de 2013 afirmaram que a autuada já deveria ter processado o cálculo do ICMS ST observando a redução de base de cálculo em 5% (cinco por cento) incidente sobre o imposto devido na unidade federada de origem.

Ao analisar os elementos probatórios, vejo que o julgador de piso acatou parte das razões defensivas da autuada, e refez novo demonstrativo de débito, contemplando as correções necessárias ao saneamento do Auto em epígrafe.

Verifico nos cadernos processuais que a decisão de piso, fez as devidas correções, expurgando da lide os valores anteriores a 30/04/2013, e mantendo a exigência relativa ao fato gerador ocorrido em 31/05/2013, no valor principal de R\$12.174,51.

Assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário a tese da Recorrente resume-se a que a referida redução de base de cálculo das operações próprias não existia à época dos fatos geradores lançados no PAF, pois a regra do Conv. ICMS 133/02 foi somente internalizada na legislação do Estado de Minas Gerais em 29/09/2015, por força da alteração promovida no RICMS-MG, pelo Decreto nº 46.846, de 29/09/15, DOE de 29/09/15, efeitos a partir de 29/09/2015, não havendo que se falar em recolhimento a maior no Estado de origem (Minas Gerais) e o consequente recolhimento a menor do ICMS/ST ao Estado da Bahia, no período objeto da autuação, a menos que se entenda que a obrigação de redução da base de cálculo do ICMS próprio para veículos importados passou a vigorar com a entrada em vigor da regra disposta na Cláusula Primeira, inc. I, letra “c”, do Convênio ICMS 133/02, que se verificou em 30/04/2013.

E que: “*a Recorrente não pode ser penalizada por ter simplesmente dado aplicabilidade à legislação do Estado competente para legislar acerca do ICMS próprio nas operações autuadas, devendo ser determinado a exclusão da penalidade aplicada (multa de 60% do valor do imposto e juros), nos termos dos arts. 100, parágrafo único, e art. 112, ambos do CTN.*”

Ao verificar a legislação, especificamente o Decreto nº 46.846, de 29/09/15, que altera o RICMS-MG Decreto nº 43.080/02, que transcrevo abaixo, em seu art. 3º, diz que: **Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 30 de abril de 2013.**

Decreto Nº 46846 DE 29/09/2015

Publicado no DOE em 29 set 2015

Altera o Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, e dá outras providências.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado e tendo em vista o disposto no Convênio ICMS 22, de 5 de abril de 2013,

Decreta:

Art. 1º Os itens 37, 38 e 39 da Parte 1 do Anexo IV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

	(...)		
37	c) quando tributada à alíquota de 4%, facultada a utilização do multiplicador de 0,0380 para cálculo do imposto.	5%	(.....)

(...)

Art. 2º Fica convalidada a utilização da redução de alíquota prevista nas alíneas "c" dos itens 37, 38 e 39 da Parte 1 do Anexo IV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, no período entre 1º de janeiro de 2013 e 29 de abril de 2013.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 30 de abril de 2013.

Palácio Tiradentes, em Belo Horizonte, aos 29 de setembro de 2015; 227º da Inconfidência Mineira e 194º da Independência do Brasil.

FERNANDO DAMATA PIMENTEL

Com base na Legislação acima, noto que não assiste razão ao sujeito passivo, pois, resta claro que a legislação aplica-se aos fatos geradores a partir de 30/04/2013, prevista no Convênio ICMS 22/13 que promoveu alteração no texto do Convênio ICMS 133/02, que entrou em vigor na data da publicação da sua retificação nacional no DOU de 30.04.13, pelo Ato Declaratório nº 6/13.

Da análise da legislação transcrita acima, comprova que a Recorrente não aplicou a Legislação prevista à época dos fatos geradores, como foi exaustivamente comprovado. Uma vez que seus cálculos deveriam ser feitos pelas regras constantes do Convênio ICMS 22/13, e seus efeitos a partir de 30/04/2013, bem como no Decreto MG Nº 46.846 DE 29/09/2015 que prevê seus efeitos, conforme o art. 3º, a partir de 30/04/2013.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297856.0200/16-6**, lavrado contra FCA FIAT CHRYSLAR AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA. (FIASA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.174,51, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de Agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS