

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.137/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000407087-54
Impugnação: 40.010140163-89
Impugnante: Intercement Brasil S/A
IE: 304014206.26-52
Proc. S. Passivo: Rodrigo Fernandes Moraes Luz/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. Constatada a venda de mercadorias a não contribuintes do ICMS, sem que fosse utilizada a alíquota interna devida de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei nº 6.763/75. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da citada lei c/c art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei. Infração caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida da alíquota interestadual nas saídas de mercadorias (cimento) com destino a empresas não contribuintes do ICMS, localizadas em outra unidade da Federação, no período de janeiro de 2012 a novembro de 2015.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75, essa última c/c art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02 e também majorada em 100% (cem por cento), em razão da reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 57/77, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 139/146.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 149/157, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante alega a nulidade do lançamento ao argumento de que a Fiscalização trouxe aos autos apenas a relação das NFe autuadas, quando deveria ter juntado os referidos documentos, além de não ter anexado, também, quaisquer outros documentos que demonstrem que as empresas destinatárias das mercadorias não são contribuintes do ICMS.

Porém, a Fiscalização apresenta no Anexo 2 do Relatório Fiscal (fls. 17/34) a relação de todas as notas fiscais autuadas. Observa-se que os referidos documentos são de emissão da própria Contribuinte e, sendo assim, não há que se falar em cerceamento de defesa pela falta de juntada de cópia das notas fiscais aos autos.

Verifica-se 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 e seguintes do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Impugnante 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.

Quanto à nulidade arguida referente ao fato de que a Fiscalização não demonstrou serem as empresas destinatárias das mercadorias não contribuintes do ICMS, verifica-se que se confunde com a matéria meritória e, assim será analisada.

Dessa forma, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, em razão da utilização indevida da alíquota interestadual nas saídas de mercadorias (cimento) com destino a empresas não contribuintes do ICMS, localizadas em outra unidade da Federação, no período de janeiro de 2012 a novembro de 2015.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, esta última c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02 e também majorada em 100% (cem por cento), em razão da reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei.

A Impugnante alega que a alíquota interestadual aplicada está correta uma vez que as vendas, objeto da autuação, foram realizadas para empresas contribuintes do imposto, devidamente inscritas no cadastro estadual de destino como contribuintes do ICMS, que realizam operações de revenda posterior das mercadorias com o efetivo recolhimento do ICMS. Que a partir dos extratos da situação cadastral dos destinatários das mercadorias – SINTEGRA – é possível verificar que os clientes

destinatários das mercadorias possuíam inscrição estadual, sendo contribuinte do ICMS e que, além disso, alguns dos destinatários possuíam múltiplos CNAEs e que entre as atividades descritas é possível identificar a de revendedor de mercadoria, o que autoriza a aplicação da alíquota interestadual.

Entretanto, há que ressaltar que na destinação de bens ou mercadorias a construtoras (de edifícios, rodovias e ferrovias, outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente), prestadores de serviço de concretagem (preparação de massa de concreto e argamassa para construção, serviços especializados para construção não especificados anteriormente) e prestadores de outros serviços (incorporação de empreendimentos imobiliários, compra e venda de imóveis próprios, aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais, testes e análises técnicas, gestão e administração da propriedade imobiliária), localizados em outra unidade da Federação, ainda que inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS no seu estado, caso dos autos, deve-se aplicar a alíquota interna, a menos que a destinatária realize, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O conceito de habitualidade está definido no § 2º do art. 55 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 55. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto.

(...)

§ 2º Entende-se por habitualidade, para fins de tributação, a prática de operações que importem em circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, a qual, pela sua repetição, induz à presunção de que tal prática constitui atividade própria de contribuinte regular.

A habitualidade é provada, por exemplo, mediante apresentação de demonstrativos de apuração mensal do ICMS, comprovantes de recolhimentos mensais do imposto, cópias de livros fiscais em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao tributo ou outros documentos da espécie, provas estas não produzidas nos autos.

Vê-se, pois, que um documento informativo fornecido pelo Fisco da unidade da Federação da destinatária por meio da internet, que apenas atesta que a empresa destinatária se encontra inscrita no respectivo cadastro de contribuintes, não comprova sua condição de contribuinte do ICMS, ou seja, não comprova que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Dessa forma, as telas do Sintegra apresentadas pela Impugnante às fls. 98/131 não são prova hábil a comprovar a condição de contribuinte do ICMS das empresas destinatárias das mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que a Fiscalização já havia efetuado a consulta da situação cadastral dessas empresas no site da Receita Federal do Brasil, conforme fls. 36/49.

Assim, no presente caso, correta a exigência fiscal consubstanciada na aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) conforme dispõe o art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei nº 6.763/75, bem como o art. 42, inciso II, alínea "a.1" do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 1º Em relação a operações e prestações que destinem mercadorias e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto.
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte.

RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2015 - Redação original:

a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1) quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (...)

A Impugnante defende que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, desproporcional e que é um absurdo se exigir duas multas sobre o mesmo tributo.

Entretanto, não cabe razão à Defesa.

As penalidades aplicadas decorrem de infrações distintas, pelo que não se confundem. Enquanto a multa de revalidação constitui sanção pelo descumprimento de obrigação principal (pagamento a menor do imposto), a multa isolada tem como pressuposto o descumprimento de obrigação acessória, no caso, emissão de documento fiscal com indicações incorretas da alíquota e do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, emendada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de atos ilícitos e inadimplemento e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada. A lei, ao prever como base de cálculo da multa de revalidação o valor do tributo devido, permite a sua atualização, para não haver depreciação do valor real da mesma.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CAA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Cumpra ainda destacar que não há que se falar que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra este Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (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;

(...)

A Multa de Revalidação foi corretamente exigida nos termos do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez, a aplicação da Multa Isolada se deu em razão da emissão de documento fiscal com indicações incorretas da alíquota e do imposto devido, e está prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

RICMS/02

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

(...)

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

(...)

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

A Fiscalização, adequadamente, cuidou, ainda, de aplicar o limitador previsto no § 4º do mesmo dispositivo da Lei nº 6763/75, exigindo o montante mínimo permitido, qual seja, 15% (quinze por cento) do valor da operação:

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

(...)

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

Por fim, os requisitos para aplicação da reincidência estão previstos no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

Ao contrário do que afirma a Impugnante, a reincidência é caracterizada pela prática de nova infração “cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior”, sendo irrelevante se a conduta praticada é ou não a mesma em ambos os autos de Infração.

Analisando os documentos de fls. 51/54, confirmado pela pesquisa de fls. 148, constata-se o reconhecimento, mediante pagamento, de 2 (duas) infrações com penalidade isolada idêntica à do presente Auto de Infração, dentro do período de 5 (cinco) anos que antecedem a prática dos atos irregulares que deram origem ao presente feito.

Desse modo, constatada a reincidência, correta a majoração da penalidade isolada procedida pela Fiscalização.

Relativamente ao pedido de aplicação do permissivo legal previsto no § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75 para a redução das penalidades aplicadas, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente em razão da vedação constante no item 3 do § 5º, senão veja-se:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

Dessa forma, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 19 de julho de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora