

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.531/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000640365-27
Impugnação: 40.010142236-01
Impugnante: Mármore e Granitos Bela Vista Ltda - ME
IE: 001093915.00-69
Coobrigados: Adilson Paulo da Silva
CPF: 743.375.216-15
Sônia Beatriz Borges
CPF: 957.234.636-91
Proc. S. Passivo: Ronaldo Abel da Silva
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização conforme Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. No presente caso, correto valor da Multa Isolada aplicada pelo Fisco, tendo em vista ser inaplicável a limitação imposta pelo § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, com a redação dada pela Lei nº 22.549/17, uma vez caracterizado o dolo na conduta da Autuada.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela

Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/11 a 31/03/13.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 28/37, acompanhada dos documentos de fls. 38/59.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 62/73.

A Câmara de Julgamento exara o Despacho Interlocutório de fls. 76, o qual é cumprido pela Autuada às fls. 81/648.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 650/663.

DECISÃO

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

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/11 a 31/03/13.

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

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado parcialmente decaído o crédito tributário, invocando o art. 173 e seus incisos do Código Tributário Nacional - CTN.

Salienta a Autuada que, no caso, deixou de apurar e recolher o tributo, tendo o Fisco o prazo de 5 (cinco) anos para constituir o crédito tributário, a partir do primeiro dia do ano seguinte ao que deveria ter sido recolhido.

Conclui que, sendo o período autuado compreendido entre janeiro de 2011 a março de 2013 e tendo sido ela “citada” em 18/10/16 (data de recebimento do AIAF), ocorreu a decadência em relação aos fatos geradores compreendidos no período janeiro a setembro de 2011.

Contudo, vê-se que a Autuada confunde-se ao discorrer sobre a contagem do prazo decadencial.

Constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011 se expiraria em 31/12/16, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 13/12/16, conforme Aviso de Recebimento (AR) acostado às fls. 24 dos autos.

Quanto à irregularidade apontada no Auto de Infração, cumpre destacar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000.017.614-79, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/11 a 31/12/15.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização constatou vendas desacobertadas de documentos fiscais, no período autuado.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte como faturamento conforme DASN e Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), estando o crédito tributário demonstrado às fls. 12/14 do Relatório Fiscal.

Há que se destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

A Defesa alega que conforme seu objeto social e Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, comercializa mármores e granitos em geral, bem como o aparelhamento de placas e execução de trabalhos em mármore, granito, ardósia e outras pedras (CNAE principal: Comércio atacadista de mármores e granitos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que para as saídas de mármore, granito, ardósia, a alíquota a ser aplicada é a de 7% (sete por cento), a teor do art. 42, alínea “d”, subalínea “d.2” do RICMS/02.

Entretanto razão não lhe assiste, como adiante se verá.

Verifica-se que a Autuada não contesta a realização de operações de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, questiona somente o enquadramento de parte do crédito tributário à alíquota de 7% (sete por cento).

O dispositivo regulamentar retromencionado prescreve:

RICMS/02.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

d) 7% (sete por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

Efeitos de 19/12/2014 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 46.677, de 18/12/2014:

d.2) blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais;

Efeitos de 1º/01/2014 a 18/12/2014 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 46.378, de 20/12/2013:

d.2) blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de janeiro de 2015;

Efeitos de 1º/01/2013 a 31/12/2013 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 46.116, de 27/12/2012:

d.2) blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2013;

Efeitos de 28/03/2012 a 31/12/2012 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, “a”, ambos do Dec. nº 45.946, de 02/04/2012:

d.2) blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2012;

Efeitos de 1º/01/2012 a 27/03/2012 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 45.792, de 02/12/2011:

d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapa-vistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2012.

Efeitos de 1º/01/2011 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.510, de 29/11/2010:

d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapa-vistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2011;

Cumprida ainda destacar o esclarecimento quanto à alíquota aplicável à mármore e granitos, consubstanciada na Consulta Interna nº 024/13, infra transcrita:

CONSULTA INTERNA Nº 024/2013 – 03/04/13:

Assunto: ICMS/ST - Subitem 18.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 - Alíquota Interna

Origem: SRF/Divinópolis

Consulente: Helvécio Henrique de Souza

Exposição/Pergunta:

Determinado contribuinte mineiro adquire, em operação interestadual, mercadoria sujeita à substituição tributária em âmbito interno.

A alíquota interna aplicável às operações com o referido produto encontra-se prevista na subalínea “d.2” do inciso I do art. 42 do RICMS/02, sendo inferior à alíquota interestadual.

A mercadoria em questão está classificada na posição 68.02 da NBM/SH, encontrando-se relacionada no subitem 18.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com margem de valor agregado (MVA) de 44% (quarenta e quatro por cento).

O Consulente alega que, no cálculo do ICMS/ST incidente nas aquisições do citado produto pelo contribuinte, não resta valor a recolher, em razão das alíquotas utilizadas.

Diante do exposto, indaga-se:

1 – Está correto o entendimento de que não é devido o ICMS/ST na situação exposta?

2 – Não sendo devido o ICMS/ST, quais são os procedimentos a serem observados pelo contribuinte mineiro quando da saída subsequente da mercadoria?

3 – Sendo considerado devido o imposto, qual é a destinação do crédito do imposto relativo à aquisição da mercadoria?

Resposta:

1 a 3 – O subitem 18.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 contempla os ladrilhos de mármore, ladrilhos de granito e outros produtos, classificados na posição 68.02 da NBM/SH, que se refere às pedras de cantaria ou de construção trabalhadas e suas obras, entre outras mercadorias.

De acordo com as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias (NESH), a posição 68.02 da NBM/SH compreende as pedras naturais de cantaria ou de construção (exceto as de ardósias) que sofreram obra mais adiantada do que o simples trabalho habitual de pedreira do Capítulo 25 da Tarifa Externa Comum (TEC).

Incluem-se, portanto, no citado Capítulo 25, as pedras de cantaria ou de construção que se apresentem em blocos, pedras de alvenaria ou placas (lâminas) em bruto, simplesmente partidas (em pedaços ou cortadas), desbastadas (grosseiramente esquadriadas) ou simplesmente serradas (com todas as faces de forma quadrada ou retangular), conforme disposto na NESH.

A subalínea “d.2” do inciso I do art. 42 do RICMS/02 relaciona, entre outros produtos, o mármore e o granito, quando apresentados em estado bruto, sendo tais mercadorias, portanto, classificadas, respectivamente, nas posições 25.15 e 25.16 da NBM/SH.

Assim, infere-se que tais dispositivos não tratam da mesma mercadoria.

Nas operações com ladrilhos de mármore ou ladrilhos de granito, classificados na posição 68.02 da NBM/SH, a alíquota interna aplicável é 18% (dezoito por cento), em consonância com o disposto na alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02.

Cabe informar que, desde 1º/03/2013, a margem de valor agregado (MVA) a ser utilizada no cálculo do ICMS/ST incidente em tais operações é 55% (cinquenta e cinco por cento), nos termos do subitem 18.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Destarte, em relação às citadas operações, no cálculo do ICMS/ST, há valor a recolher, diferentemente da situação exposta na consulta. O imposto deverá ser calculado em consonância com o disposto no inciso I do art. 20 da Parte 1 do mesmo Anexo XV.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nas operações com mármore e granito, classificados, respectivamente, nas posições 25.15 e 25.16 da NBM/SH, a alíquota interna aplicável é 7% (sete por cento), de acordo com a subalínea “d.2” do inciso I do art. 42 do RICMS/02. Tais operações não estão sujeitas à substituição tributária.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF

(Grifos acrescidos).

Diante disso, configuram-se as seguintes situações:

- mármore e granito em estado bruto (classificação 25.15 e 25.16 da NBM/SH): a alíquota aplicável será de 7% (sete por cento);
- produtos derivados de mármore e granito que tenham sofrido processo de industrialização (classificação 68.02 da NBM/SH): a alíquota aplicável será de 18% (dezoito por cento).

Necessário também reproduzir excertos das classificações da NBM/SH retrocitadas. Confira-se:

Seção V - PRODUTOS MINERAIS

Capítulo 25: Sal; enxofre; terras e pedras; gesso, cal e cimento

Notas.

1 - Salvo disposições em contrário e sob reserva da Nota 4 abaixo, apenas se incluem nas posições do presente Capítulo os produtos em estado bruto ou os produtos lavados (mesmo por meio de substâncias químicas que eliminem as impurezas sem modificarem a estrutura do produto), quebrados (partidos), triturados, pulverizados, submetidos a levigação, crivados, peneirados, enriquecidos por flotação, separação magnética ou outros processos mecânicos ou físicos (exceto a cristalização). Não estão, porém, incluídos os produtos ustulados, calcinados, resultantes de uma mistura ou que tenham recebido tratamento mais adiantado do que os indicados em cada uma das posições. (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

(...)

25.15 Mármore, travertinos, granitos belgas e outras pedras calcárias de cantaria ou de construção de densidade aparente igual ou superior a 2,5, e alabastro, mesmo desbastados ou simplesmente cortados a serra ou por outro meio, em blocos ou placas de forma quadrada ou retangular. (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2515.1 - Mármore e travertinos: (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2515.11 - Em bruto ou desbastados (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2515.12 - Simplesmente cortados a serra ou por outro meio, em blocos ou placas de forma quadrada ou retangular (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2515.20 - Granitos belgas e outras pedras calcárias de cantaria ou de construção; alabastro (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

Os mármore são calcários duros, homogêneos, de grão fino, com textura frequentemente cristalina, opacos ou translúcidos. Os mármore são, na maioria das vezes, diversamente corados por óxidos minerais (mármore de cor ou com veios, mármore denominados "ônix"), mas existem, no entanto, variedades de cor branca pura.

Os travertinos são variedades de calcário que apresentam cavidades dispostas em camadas.

Os granitos belgas são calcários conquíferos extraídos de diversas pedreiras da Bélgica, especialmente as de Écaussines. São pedras calcárias de cor cinzento-azulada e de estrutura cristalina irregular. São também conhecidos como écaussines, "granito de Flandres" ou petit granit, devendo tais denominações à aparência da sua fratura, muito semelhante à do granito verdadeiro.

Incluem-se também nesta posição, desde que a sua densidade aparente seja igual ou superior a 2,5, diversas pedras calcárias duras, de cantaria ou de construção, semelhantes às precedentes.

As pedras calcárias de densidade aparente inferior a 2,5 classificam-se na posição 25.16.

(...)

O termo alabastro compreende também o alabastro gipsoso ou alabastrita, geralmente branco e uniformemente translúcido, e o alabastro-calcário, ordinariamente amarelado e com veios.

Para serem classificados na presente posição, todos estes produtos devem apresentar-se em bruto ou desbastados ou simplesmente cortados, a serra ou por outro meio, em blocos ou placas de forma quadrada ou retangular. Sob a forma de grânulos, lascas ou pó, classificam-se na posição 25.17.

Os blocos e placas que tenham sofrido tratamento mais adiantado, tal como cinzelagem e lavragem, apicoamento, martelagem, lapidação, polimento, chanfradura, etc., bem como os esboços de obras, as placas serradas em formas determinadas (em triângulo, hexágono, círculo, etc.) estão incluídos na posição 68.02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Grifos acrescidos).

(...)

25.16 Granito, pórfiro, basalto, arenito e outras pedras de cantaria ou de construção, mesmo desbastados ou simplesmente cortados a serra ou por outro meio, em blocos ou placas de forma quadrada ou retangular. (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2516.1 - Granito: (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2516.11 -- Em bruto ou desbastado (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2516.12 -- Simplesmente cortado a serra ou por outro meio, em blocos ou placas de forma quadrada ou retangular (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2516.20 - Arenito (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

2516.90 - Outras pedras de cantaria ou de construção (Alterado pela IN SRFB nº 1.260, DOU 21/03/2012)

Os granitos são rochas eruptivas, muito duras, de aspecto granular, formadas por justaposição de cristais de quartzo, de feldspato e de lamelas de mica. Os granitos apresentam diferentes cores, consoante a proporção relativa destes três materiais, e a possível presença de óxido de ferro ou de manganês (granitos verdes, cinzentos, róseos, vermelhos, etc.).

Os pórfiros são granitos de textura microgranular, com aspecto semivítreo.

Os arenitos são rochas sedimentares, formados por pequenos grãos de areia quartzosa ou siliciosa, aglomerados naturalmente por meio de matérias calcárias ou siliciosas.

Os basaltos são também rochas eruptivas, negruscas, muito compactas e muito duras.

Compreendem-se também nesta posição outras rochas eruptivas duras, tais como sienito, gneisse, tranquito, lava, diabasio, diorito, fonolito, bem como as pedras calcárias de cantaria ou de construção não incluídas na posição 25.15 e a serpentina ou ofito, que pelo fato de ser constituída por silicato de magnésio, não pode classificar-se na posição 25.15.

No que diz respeito às formas e aos tratamentos admitidos nesta posição, deve-se levar em conta a Nota Explicativa da posição 25.15, devendo, no entanto, notar-se que os minerais da presente posição, quando britados sob a forma de macadame,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estão incluídos na posição 25.17. As pedras que apresentem as características de pedras para calçetar, de meios-fios, de placas (lajes) para pavimentação classificam-se na posição 68.01, mesmo que tenham sofrido apenas as operações especificadas no texto da posição.

Os granitos belgas (écaussines) também chamados petit granit ou "granito de Flandres" estão incluídos na posição 25.15. O basalto fundido classifica-se na posição 68.15.

Quando em grânulos, lascas ou pó, as pedras desta posição classificam-se na posição 25.17.

No caso dos autos, os produtos comercializados pela Impugnante, são derivados de mármore e granito, reiterando, classificados na posição 68.02 da NBM/SH e, por conseguinte, a alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02. Examine-se.

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;

(...)

No Auto de Infração em exame, verifica-se que as exigências fiscais são em decorrência de saída desacobertada de documentação fiscal, reconhecida pela Autuada, originada do confronto dos valores declarados pela Impugnante e àqueles prestados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Dessa forma, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02.

Quanto aos argumentos da Autuada, de que devido ao seu objeto social e enquadramento na CNAE-F, estaria sujeita à tributação pela alíquota de 7% (sete por cento), vê-se que não lhe assiste razão.

Importante nesse caso, como faz o Fisco, trazer a definição de comércio atacadista inserida na Classificação Nacional das Atividades Econômicas, disponibilizada no endereço eletrônico: (http://concla.ibge.gov.br/images/concla/downloads/revisao2007/PropCNAE20/CNAE_20_NotasExplicativas.pdf), em parte reproduzida:

O comércio de mercadorias organiza-se em dois segmentos: atacado e varejo

O comércio atacadista revende mercadorias novas ou usadas, sem transformação, a varejistas, a usuários industriais, agrícolas, comerciais, institucionais e profissionais, ou a outros atacadistas; ou atua como

representante comercial ou agente do comércio na compra ou venda de mercadorias a esses usuários.

No comércio atacadista, distinguem-se dois tipos de atividades: o atacadista que compra a mercadoria que revende, o atacadista representante ou agente do comércio, que, sob contrato, comercializa em nome de terceiros, inclusive operando o mercado eletrônico via internet. Estas atividades são desenvolvidas por comerciantes atacadistas, distribuidores de produtos industriais, exportadores e importadores, comissários, agentes de fábricas, compradores itinerantes e cooperativas que comercializam produtos agrícolas.

O comércio varejista revende mercadorias novas e usadas, sem transformação, principalmente ao público em geral, para consumo ou uso pessoal ou doméstico.

(Grifos acrescidos).

Pela definição retro, impõe-se a análise sobre o desenvolvimento de tais atividades pela Autuada.

Esclarece o Fisco que os destinatários das mercadorias comercializadas pela Autuada são consumidores finais, conforme verifica-se pelas informações das notas fiscais referentes ao período autuado, acostadas pela Impugnante, em cumprimento ao Despacho Interlocutório exarado pela Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CCMG), vale dizer, a atividade comercial da Autuada configura-se como comércio varejista.

A seguir, reproduz-se, pela importância, as definições dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOPs das operações realizadas, constantes das notas fiscais supramencionadas:

5.106 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar
Classificam-se neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, armazenadas em depósito fechado, armazém geral ou outro, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento sem que haja retorno ao estabelecimento depositante. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias importadas, cuja saída ocorra do recinto alfandegado ou da repartição alfandegária onde se processou o desembaraço aduaneiro, com destino ao estabelecimento do comprador, sem transitar pelo estabelecimento do importador

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Classificam-se neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, na condição de contribuinte substituto, em operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Relativamente às declarações efetuadas pela Impugnante em DASN e PGDAS-D, constam informações de venda de mercadorias destinadas a contribuinte com Inscrição Estadual (IE), a título de Substituição Tributária (ST).

O Fisco relacionou tais informações às fls. 659/661.

Em relação às operações sujeitas ao regime de apuração por substituição tributária, CFOP 5.403, descrito acima, as quais se submetem à alíquota de 18% (dezoito por cento), transcreve-se excertos da Consulta de Contribuinte nº. 225/13:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE nº 225/13:

PTA Nº : 16.000491922-36

CONSULENTE: E M da Silva Polimentos de Pedras ME

ORIGEM : Frutal - MG

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, ACABAMENTO, BRICOLAGEM OU ADORNO – INAPLICABILIDADE – A substituição tributária estabelecida no Anexo XV do RICMS/2002 aplica-se em relação a qualquer produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados em subitem da Parte 2 desse Anexo, desde que integre a descrição respectiva.

EXPOSIÇÃO:

Informa a Consulente desenvolver atividade industrial de produção de peças em mármore, granito e ardósia, adquiridas em chapas que serão aparelhadas.

Aduz fabricar pias de granito, com utilização de cubas de aço inoxidável adquiridas de outros fabricantes neste Estado e em outras unidades da Federação.

Afirma que a mercadoria produzida é classificada sob o código 6802.23.00 da NBM/SH e será comercializada dentro e fora do Estado.

Alega estar em dúvida quanto à inclusão de seu produto no regime de substituição tributária, na medida em que a posição 68.02 da NBM/SH encontra-se relacionada em subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e faz referência a ladrilhos de granito e não a obras de granito.

Acrescenta que outras posições da NBM/SH são listadas em subitens da mesma Parte 2, os quais se referem a pias de plástico, cerâmica, ferro fundido e aço.

Com dúvida quanto à interpretação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

A comercialização de pias de cozinha fabricadas com o aparelhamento de granito e inclusão de bacias de aço inoxidável está sujeita ao regime de substituição tributária?

RESPOSTA:

Aplica-se o regime de substituição tributária às operações realizadas com qualquer produto incluído em um dos códigos da NBM/SH relacionados em subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desde que integre a descrição contida no respectivo subitem. Logo, estando o produto classificado no código da NBM/SH citado em subitem da referida Parte 2 e, cumulativamente, enquadrando-se na descrição contida nesse mesmo subitem, aplica-se o referido regime.

Ressalte-se que, consoante disposição expressa no § 3º do art. 12 da Parte 1 do mesmo Anexo XV, a sujeição ao regime de substituição tributária independe do emprego que se venha a dar ao produto, servindo as denominações dos itens da Parte 2 meramente para facilitar a identificação das mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo irrelevantes para definir os efeitos tributários.

Cabe salientar que é de exclusiva responsabilidade do contribuinte a correta classificação e enquadramento dos seus produtos na codificação da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM. Caso persistam dúvidas quanto às classificações e às descrições que têm por origem normas federais, deverá a Consulente dirigir-se à Receita Federal do Brasil, por ser o órgão competente para dirimi-las.

O subitem 18.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 contempla os ladrilhos de granito e outros produtos, classificados na posição 68.02 da NBM/SH, a qual se refere às pedras de cantaria ou de construção trabalhadas e suas obras, entre outras mercadorias. (Grifos acrescidos).

Dessa forma, considerando como correta a classificação informada pela Consulente, infere-se que, embora esteja classificada na posição 68.02 da NBM/SH, a mercadoria comercializada pelo contribuinte não se amolda à descrição contida no subitem 18.1.29 mencionado e, portanto, não é sujeita ao regime de substituição tributária neste Estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, como mencionado, configurou-se, dentre outras, operações de circulação de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Em resumo, portanto, constatou-se que não se trata de operação sujeita ao conceito de comércio atacadista, não se trata de mármore e granito em estado bruto, conforme acima expandido e, finalmente, que houve operação de circulação de mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária, sendo que em todas as situações descritas, a alíquota aplicável é a de 18% (dezoito por cento).

Relativamente às multas aplicadas, correta a exigência das penalidades de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso II da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003
COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei.

Com relação à Multa Isolada, cumpre destacar ainda, que com o advento da Lei nº 22.549/17, de 30 de junho de 2017, foi alterada a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55 (...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

(Grifou-se).

Entretanto, no presente caso, correto valor da multa isolada aplicada pelo Fisco, tendo em vista ser inaplicável a limitação imposta pelo § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 alterado pela Lei nº 22.549/17, uma vez caracterizado o dolo na conduta da Autuada.

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

Diante disso, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Correta, também, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

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, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08), *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:

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, CONCLUIU 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

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.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Cláudio dos Santos (Revisor), Marcelo Nogueira de Moraes e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 20 de julho de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator

CS/P