

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.340/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169331-58
Impugnação: 40.010130093-97
Impugnante: Isdralit Indústria e Comércio Ltda.
IE: 336990840.01-49
Proc. S. Passivo: Rosynéia Aparecida Ferrareto Ciresola/Outro(s)
Origem: Escritório Conext – São Paulo

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. Constatou-se a aquisição de materiais da construção civil, constantes dos itens 13 e 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, de contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação, com o recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária, quando da entrada em território mineiro. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, c/c§ 2º, inciso I e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII, com adequação prevista na alínea “c” e majorada pela reincidência do art. 53 § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação pela Fiscalização, mediante conferência de notas fiscais e arquivos eletrônicos, de recolhimento a menor de ICMS/ST incidente sobre operações com materiais da construção civil, constantes dos itens 13 e 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de abril de 2008 a dezembro de 2010, devido à verificação de duas irregularidades:

- 1) Utilização da alíquota de 12% para os produtos caixas d'água de polietileno ou de fibra de vidro, diversa da prevista na legislação, que é de 18%;
- 2) Desconsideração da MVA ajustada no cálculo do ICMS/ST para os produtos tubos, forros, sancas, portas e afins, de plástico.

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

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 200 a 208, juntando documentação às fls. 209 a 229, em síntese, aos seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em preliminar, argui nulidade do Auto de Infração ao fundamento da ausência de requisitos obrigatórios, quais sejam, indicação dos dispositivos legais que fundamentam as alíquotas, os MVAs e os MVAs ajustados utilizados, bem como a justificativa do recolhimento a menor do ICMS/ST;

- no mérito, alega que a alíquota de 12% utilizada pela Autuada para os produtos caixas d'água de polietileno ou de fibra de vidro encontra-se de acordo com o estabelecido pelo RICMS/02, em seu art. 42, inciso I, alínea B, subalínea b.52;

- argumenta sobre o efeito confiscatório da multa aplicada, informando que os Tribunais Superiores têm adotado o parâmetro de 20% para considerar a multa por infração fiscal como não confiscatória.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 230 a 235, basicamente aos seguintes fundamentos:

- rechaça a preliminar de nulidade arguida pela Impugnante, afirmando ser o presente Auto de Infração composto por diversos anexos e relatórios que informam as razões de fato e de direito que o sustentam;

- no mérito, informa que a operação realizada pela Autuada é de natureza interestadual, o que, por si só, afasta a possibilidade de utilização da alíquota prevista no art. 42, inciso I, alínea b, subalínea b.52 do RICMS/02, conforme alegado pela mesma;

- afirma que no presente caso, a alíquota devida é a de 18%, visto que se refere às operações internas subsequentes realizadas por contribuintes mineiros, mormente às operações realizadas pelos não industriais para os quais a Autuada remeteu suas mercadorias;

- argui a vinculação da atividade fiscal para combater a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada e afirma que o confisco se refere ao tributo e não à penalidade, transcrevendo o art. 150, inciso IV da Constituição da República.

Por fim, requer que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual formaliza a exigência do ICMS/ST pago a menor, incidente sobre operações com materiais da construção civil, constantes dos itens 13 e 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de abril de 2008 a dezembro de 2010, além de Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, c/c§ 2º, inciso I e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Preliminar

A Impugnante arguiu a nulidade do lançamento, face à ausência de requisitos obrigatórios, alegando, basicamente, a descrição dos fatos de forma genérica dos fatos e a falta de indicação de dispositivos legais que fundamentaram a lavratura do presente Auto de Infração.

No entanto, da simples análise do presente trabalho fiscal, verifica-se seu alto grau de detalhamento, sendo composto por Relatório Fiscal (fls. 13 a 20), contendo a descrição pormenorizada dos fatos, bem como das infringências constatadas e das penalidades aplicadas, além de diversos anexos com documentos e planilhas explicativas (fls. 21 a 198).

Portanto, resta prejudicada a arguição preliminar de nulidade apresentada pela Impugnante, uma vez que seu direito de defesa em momento algum foi cerceado, visto que o presente Auto de Infração, com seus relatórios e anexos, mostrou-se suficiente ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, direitos estes constitucionalmente protegidos.

Do Mérito

Decorre o presente lançamento da constatação de que a Autuada recolheu ICMS/ST a menor, incidente sobre operações com materiais da construção civil, constantes dos itens 13 e 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de abril de 2008 a dezembro de 2010, em virtude da utilização da alíquota de 12% para os produtos caixas d'água de polietileno ou de fibra de vidro, diversa da prevista na legislação, que é de 18%, bem como da desconsideração da MVA ajustada no cálculo do ICMS/ST para os produtos tubos, forros, sancas, portas e afins, de plástico.

Inicialmente, cabe destacar que a Impugnante é estabelecimento industrial fabricante das mercadorias classificadas na subposição NBM/SH 3925.10.00 e que nesta condição, adotou a alíquota de 12% para cálculo do ICMS/ST, seguindo o disposto no art. 42, inciso I, alínea "b", subalínea b.52 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

b.52) reservatórios, cisternas, cubas e recipientes análogos, de capacidade superior a trezentos litros, classificados na subposição 3925.10.00 da NBM/SH, promovidas pelo **estabelecimento industrial fabricante da mercadoria** com destino a contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS ou a empresa de construção civil;(grifou-se)

Da análise do dispositivo transcrito acima, conclui-se que o mesmo não se aplica ao caso em comento, conforme demonstrado a seguir.

Primeiramente, cumpre destacar que as operações realizadas pela Autuada, estabelecimento industrial fabricante das mercadorias objeto da presente autuação, são

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de natureza interestadual, restando afastada, portanto, a possibilidade de utilização do dispositivo supracitado, que se aplica apenas a operações internas.

O mesmo ocorre com as operações internas subsequentes à operação própria da Autuada, sujeitas à técnica de tributação da substituição tributária, visto que realizadas por contribuintes não industriais.

A substituição tributária “para frente”, ou seja, referente às operações subsequentes, é uma técnica de tributação que encontra previsão constitucional, no § 7º de seu art. 150, transcrito abaixo:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Nestes termos, tal técnica de tributação foi incluída na legislação tributária mineira, no art. 22, inciso I da Lei nº 6.763/75, da seguinte forma:

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

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

A regulamentação do dispositivo legal supracitado ficou a cargo do RICMS/02, especificamente de seu Anexo XV, que estabeleceu as regras gerais do regime de substituição tributária, bem como suas hipóteses de aplicação, dentre as quais, as operações com as mercadorias constantes dos itens 13 e 18 de sua Parte 2, que são objeto da presente autuação.

Portanto, a Autuada, nos termos dos Protocolos ICMS 32/92 e 32/09, bem como do Regime Especial acostado aos autos às fls. 197 a 198, foi eleita substituta tributária, ficando responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes com as mercadorias objeto da presente autuação, destinadas a contribuintes estabelecidos em Minas Gerais.

Nestes termos, o ICMS/ST para cujo cálculo utilizou-se a Autuada da alíquota de 12%, refere-se às operações subsequentes àquelas por ela efetuadas, para as quais, na ausência de alíquota específica, deve ser usada a de 18%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Em relação à acusação do Fisco de que a Impugnante, para cálculo do ICMS/ST incidente nas operações com os produtos tubos, forros, sancas, portas e afins, de plástico, desconsiderou o ajuste da margem de valor agregado (MVA) para fins de determinação da base de cálculo do imposto, não serão tecidos maiores comentários, visto que sequer questionada pela Autuada em sua Impugnação.

No que diz respeito às multas aplicadas, não merece prosperar a alegação da Autuada do efeito confiscatório das mesmas, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Não obstante o disposto no art. 110 do RPTA, retrotranscrito, ressalta-se, por oportuno, que a vedação ao confisco, prevista na Constituição Federal, é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu. A penalidade aplicada mediante autorização expressamente contida na legislação tributária não se reveste das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco inserto na Constituição Federal.

Já no que diz respeito à Multa Isolada exigida, capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, a mesma deve ser adequada, nos termos do art. 106 do CTN, transcrito abaixo, ao percentual de 20% previsto na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e majorada pela reincidência comprovada às fls. 241/242 do mesmo instituto.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento), conforme previsto na alínea "c", inciso VII, art. 55 da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 24 de janeiro de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente

Tábata Hollerbach Siqueira
Relatora

CC/MG