

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.219/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000326167-31
Impugnação: 40.010139146-69
Impugnante: Gerdau Aços Longos S.A.
IE: 001541369.43-42
Proc. S. Passivo: Tatiana Rezende Torres/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS, lançado no campo 71 da DAPI, sem atendimento às disposições contidas nos arts. 22 a 31 do Anexo XV, do RICMS/02, uma vez que se trata de créditos provenientes de mercadorias em estoque no momento da incorporação, sujeitas ao regime de substituição tributária. Exigências do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento), em razão de dupla reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS e do ICMS/ST em razão das seguintes irregularidades:

1 - Aproveitamento indevido de ICMS lançados no campo 71 da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI, nos meses de abril e maio de 2013, provenientes de mercadorias em estoque na data da incorporação da Gerdau Comercial de Aços S/A (IE 186.347836-0547) pela incorporadora Gerdau Aços Longos S/A (IE 001.541369-4342), sendo que o estabelecimento incorporado não apresentava saldo credor, nem foram cumpridas as disposições dos arts. 22 a 31 do Anexo XV do RICMS/02, para efeitos de ressarcimento de ICMS/ST, em razão de fato gerador não presumido.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

2 - Saídas interestaduais de mercadorias, no período de maio de 2013 a dezembro de 2014 utilizando indevidamente a redução de base de cálculo do ICMS prevista no item 9 da Parte 1, c/c a Parte 2 do Anexo IV, do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 100% (cem por

cento) em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

3- Falta de recolhimento do ICMS/ST nas saídas internas de mercadorias constantes do item 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de abril de 2013 a dezembro de 2014.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, majorada em 50% (cinquenta cento) em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Do Reconhecimento Parcial do Crédito Tributário

A Impugnante reconhece as exigências em razão da indevida redução da base de cálculo e da falta de recolhimento do ICMS/ST nas saídas internas de mercadorias, itens 2 e 3 do Auto de Infração, respectivamente, conforme DAE de fls. 169/170 e comprovantes dos pagamentos bancários às fls. 213 e 215.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 118/149.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 218/228, refuta as alegações da Defesa.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS e do ICMS/ST em razão das seguintes irregularidades:

1 - Aproveitamento indevido de ICMS lançados no campo 71 da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI, nos meses de abril e maio de 2013, provenientes de mercadorias em estoque na data da incorporação da Gerdau Comercial de Aços S/A (IE 186.347836-0547) pela incorporadora Gerdau Aços Longos S/A (IE 001.541369-4342), sendo que o estabelecimento incorporado não apresentava saldo credor, nem foram cumpridas as disposições dos arts. 22 a 31 do Anexo XV do RICMS/02, para efeitos de ressarcimento de ICMS/ST, em razão de fato gerador não presumido.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

2 - Saídas interestaduais de mercadorias, no período de maio de 2013 a dezembro de 2014, utilizando indevidamente a redução de base de cálculo do ICMS prevista no item 9 da Parte 1, c/c a Parte 2 do Anexo IV, do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 100% (cem por

cento) em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

3- Falta de recolhimento do ICMS/ST nas saídas internas de mercadorias constantes do item 18 da Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02, no período de abril de 2013 a dezembro de 2014.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, majorada em 50% (cinquenta cento) em razão de reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente é importante lembrar que a Impugnante promoveu o pagamento das imputações fiscais relacionadas nos itens 2 e 3 do Auto de Infração, restando a controvérsia relativa à cobrança do item 1.

Em resposta aos questionamentos do Fisco quanto aos créditos lançados na DAPI, o Contribuinte informou que se tratava de créditos provenientes de mercadorias em estoque na data da incorporação, que estavam sujeitas ao regime de substituição tributária no estabelecimento incorporado.

Informou que o estabelecimento incorporado procedia o recolhimento do ICMS/ST pelas entradas e que com o evento da incorporação, ocorrido em 28/03/13, o estabelecimento sucessor passou a receber os produtos em transferência, sendo assim inaplicável a substituição tributária sobre estes, havendo alteração do momento do recolhimento ICMS/ST para a saída.

Entendeu, portanto que, todas as entradas, a partir da incorporação passam a gerar crédito e o recolhimento do ICMS/ST passou a se dar pelas saídas dessas mercadorias. Assim, ajustou o estoque em 28/03/13 para permitir a tributação correta, em conformidade com a Resolução nº 3.728/05.

Diante disso, os créditos referentes ao ICMS próprio e ICMS/ST sobre os estoques de 31/03/13, devidamente identificados por nota fiscal e registrados sem créditos, ensejariam o ressarcimento mediante creditamento na escrita fiscal, nos termos do art. 20 da Resolução nº 3.728/05.

O Fisco, tendo constatado que o estabelecimento incorporado não apresentava saldo credor em sua conta corrente fiscal ao tempo da incorporação, conforme transcrito no Anexo 03 (fls. 21), tampouco adotou os procedimentos previstos nos arts. 22 a 31 do Anexo XV do RICMS/02, para efeitos de ressarcimento de ICMS/ST, em razão de fato gerador não presumido, estornou tais créditos.

A Impugnante alega que a empresa incorporada, nos meses anteriores à incorporação adquiriu de terceiros, mercadorias para revenda, que se encontravam relacionadas na Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02. Portanto, além de arcar com ICMS próprio devido pelos remetentes, também suportava o ICMS/ST destacado pelo vendedor e recolhido por meio de GNRE, nos casos das aquisições interestaduais, conforme comprovam as cópias das notas fiscais e guias de recolhimento acostadas no doc. 06, CD às fls. 204.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por se tratar de mercadorias sujeitas a ST no momento da aquisição, o estabelecimento incorporado não efetivava o seu creditamento, não destacando qualquer valor de ICMS no momento da saída, o que explica o fato de não haver saldo credor em sua conta corrente fiscal.

Destaca que tais mercadorias foram transferidas para o estabelecimento incorporador no momento da operação societária e já tinham sido tributados pelo ICMS/ST no momento da aquisição.

E que, após a incorporação, a Impugnante passou a receber as mesmas mercadorias, exclusivamente do seu estabelecimento industrial, não estando mais sujeitas à substituição tributária, nos termos do § 1º, inciso III do art. 18 do Anexo XV, do RICMS/02.

Dessa forma, o estoque da Impugnante passou a ficar composto por mercadorias da mesma espécie: i) já tributadas pelo ICMS/ST, recebidas da incorporada e ii) recebidas em transferência, sem incidência do ICMS/ST, tendo em relação às últimas a obrigação de efetivar o destaque e o recolhimento do ICMS/ST, no momento da saída.

Assim, como não havia como segregar no estoque as mercadorias advindas da incorporação daquelas mercadorias recebidas em transferência, a Impugnante procedeu ao ajuste na escrituração fiscal com a escrituração extemporânea no campo “outros créditos” do ICMS próprio e do ICMS/ST, de modo que não houvesse a indevida cumulação do ICMS, podendo a Impugnante dar saídas às mercadorias em estoque com o devido destaque do ICMS e do ICMS/ST.

Refuta ainda a Impugnante a aplicação do art. 22 da Parte 1 do Anexo XV, do RICMS/02, visto que entende não se estar diante de situação que enseje a restituição do ICMS/ST em razão de fato gerador presumido e não realizado.

Assevera que as mercadorias que compunham o estoque do estabelecimento incorporado foram revendidas pela Impugnante após a incorporação.

Entende que tal procedimento estaria de acordo com o princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no art. 55, § 2º da Constituição Federal e no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96. E ainda que o creditamento extemporâneo está assegurado pelos arts. 66 e 67, do RICMS/02, sendo que o único requisito formal exigido é a posterior comunicação do fato à repartição fazendária.

A Fiscalização discorda da Impugnante pelas razões a seguir elencadas.

Informa que, consta do Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE), que a empresa Gerdau Comercial Aços Longos S/A solicitou e teve deferida sua baixa motivada pelo encerramento das atividades, cujas consequências jurídicas distinguem-se daquelas, se porventura ocorrida, da incorporação informada.

Aduz que, embora a Impugnante informe que existia saldo credor decorrente da necessidade de acertamento da conta gráfica, vê-se que, em um dos elementos de comprovação da autuação, a conta corrente fiscal da Gerdau Comercial de Aços S/A, às fls.21, inexistia saldo credor de ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que os valores da conta corrente fiscal do mês informado como da incorporação, são extratos daqueles declarados na DAPI, não se constatando, quer seja em relação às operações sujeitas à Substituição Tributária, campo 81, quer às outras operações, campo 92, informações de quaisquer valores, extrapolando da compreensão fiscal a que se refere a Impugnante ao citar este valor como sendo existente para o período.

Ressalta que a Impugnante exerce atividade de “Comércio atacadista de produtos siderúrgicos e metalúrgicos, exceto para construção”, tal qual a suposta incorporada, ambas representando empresas distintas, ainda que, pertencentes a um mesmo grupo empresarial.

Aduz que, em se tratando daquelas mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, a Impugnante poderá recebê-las já gravadas pelo ICMS das operações subsequentes (na condição de contribuinte substituído), tornar-se responsável tributário em razão desta não ser atribuída a terceiros ou em razão da transferência da responsabilidade de terceiros ao contribuinte (contribuinte substituto).

Assevera ainda o Fisco, que não menos relevante é a constatação de que grande parte dos destinatários da Impugnante são empresas de construção civil ou de prestação de serviços na área de construção civil e, portanto, consumidores finais.

Assim, em tais operações não haveria a aplicação do regime da substituição tributária, visto que não há ocorrência de operações subsequentes. Portanto, embora legalmente lhe possa ser atribuída condição de responsável tributário no regime de substituição tributária, efetivamente ocorre sua descaracterização em grande parte de suas operações de revenda e a desobrigação de apuração e recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Concorda o Fisco com a Impugnante quanto ao pressuposto da incorporação que é a alteração societária na qual uma empresa absorve integralmente outra, sucedendo-lhe em todos os direitos e obrigações. Afirma também, que todas as operações ocorridas anteriormente, fatos geradores e seus efeitos reputam-se existentes e definitivos, perfeitos e acabados.

Diante do exposto, verifica-se que o procedimento adotado pelo Contribuinte de creditamento extemporâneo do ICMS próprio e ICMS/ST na DAPI, relativo às operações de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sob a alegação de que a incorporadora passou a dar saída tributada em todas as mercadorias não se sustenta, visto que não encontra amparo na legislação tributária.

A Consulta de Contribuinte nº 010/2013, invocada pela Impugnante para justificar o procedimento adotado, dispõe que “a sociedade que absorver o patrimônio de outra, caso continue a exercer a atividade no estabelecimento incorporado, poderá manter o saldo credor do ICMS, inclusive o crédito acumulado”. Veja-se:

(*) CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 010/2013

PTA Nº : 16.000470851-90

CONSULENTE : Outotec Tecnologia Brasil Ltda.

ORIGEM : Belo Horizonte – MG

ICMS - INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - LIVROS FISCAIS - NOTAS FISCAIS - PROCEDIMENTOS -

Caso a nova empresa continue a exercer a atividade no estabelecimento incorporado, poderá utilizar os livros fiscais existentes, nos termos estabelecidos no art. 170 do RICMS/02, e as notas fiscais impressas em nome da incorporada, desde que autorizado pela Administração Fazendária.

ICMS - INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - SALDO CREDOR ACUMULADO - A sociedade que absorve o patrimônio de outra, caso continue a exercer a atividade no estabelecimento incorporado, poderá manter o saldo credor do ICMS, inclusive o crédito acumulado.

(...)

RESPOSTA:

1 - Sim. Conforme preceituam os arts. 1.116 e 1.118 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), a incorporação de uma determinada sociedade por outra é causa de extinção da sociedade incorporada, sendo esta absorvida em direitos e obrigações pela incorporadora.

Na incorporação, são transferidos para a empresa incorporadora tanto os direitos quanto as obrigações da empresa extinta, inclusive as mercadorias e o crédito em conta gráfica, devendo a Consulente efetuar as comunicações necessárias sobre a incorporação junto à Administração Fazendária da circunscrição do estabelecimento incorporado, conforme previsão do art. 110 do RICMS/02.

(...)

3 - Conforme dito anteriormente, na hipótese de incorporação de empresas, **o saldo credor de qualquer natureza**, vinculado ao estabelecimento incorporado, nele permanece, podendo ser aproveitado pela empresa incorporadora.

Nos termos do disposto no art. 67, § 2º, incisos II e III, do RICMS/02, o valor do crédito não aproveitado à época própria deverá ser escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no campo “Outros créditos”, consignando-se observação esclarecedora da ocorrência. Deverá também ser lançado no campo 68 da Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI).

A Consulente deverá, ainda, comunicar o fato à repartição fazendária de sua circunscrição, no prazo

de 05 (cinco) dias contado do término do período de apuração do imposto em que o crédito foi apropriado.

(...)

4 - De acordo com o disposto no art. 110 do RICMS/02, no caso de incorporação de empresa, **as partes interessadas deverão, concomitantemente, requerer a correspondente alteração no Cadastro de Contribuintes do ICMS, observado o prazo de 5 (cinco) dias contados da ocorrência do evento**, estabelecido no caput do art. 8º da Portaria SRE nº 055, de 23/06/2008.

Ressalte-se que, conforme demonstrado pelo Fisco, não havia saldo credor na conta gráfica de empresa extinta no momento da incorporação.

Deve-se atentar para o disposto no § 1º, que dispõe que o atacadista deverá operar exclusivamente com produtos fabricados por estabelecimento de mesma titularidade.

Destaque-se que a discussão é em relação às mercadorias adquiridas anteriormente à incorporação que compunham o estoque da incorporada.

Como bem defendido pela Fiscalização, as mercadorias adquiridas após a incorporação não foram objeto do presente trabalho fiscal, sendo que mercadorias adquiridas anteriormente à incorporação são provenientes tanto de fora como de dentro do estado, signatários ou não de protocolos de ICMS no regime da substituição tributária, inclusive de seus outros estabelecimentos.

Como é sabido, a incorporação é a alteração societária na qual uma empresa absorve integralmente outra, sucedendo-lhe em todos os direitos e obrigações, conforme estabelece o art. 227 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e art. 1.116 do Código Civil (Lei nº 10.406/02).

No caso de incorporação, ocorre a transferência da titularidade dos estabelecimentos da incorporada para a incorporadora, sem que ocorra a saída física de mercadorias e bens do ativo imobilizado. Assim não há incidência de ICMS, conforme previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/96, reproduzidos na Lei nº 6.763/75 (art. 7º, inciso XX) e no inciso XV do art. 5º do RICMS/02, nestes termos:

Lei Complementar nº 87/96.

Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

RICMS/02.

Art. 5º. O imposto não incide:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XV - a operação, de qualquer natureza, de que decorra a transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, desde que não importe em saída física de mercadoria;

Tal entendimento encontra-se exposto na Consulta de Contribuintes nº 207/2011. Confira-se:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 207/2011

ICMS – AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO SEM SAÍDA FÍSICA DE MERCADORIAS E BENS DO ATIVO PERMANENTE – NÃO INCIDÊNCIA -Conforme previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/96, não há incidência de ICMS na transferência de propriedade de estabelecimento, qualquer que seja a natureza da operação pela qual é concretizada.

EXPOSIÇÃO:

A Consultante informa que é sociedade anônima aberta, **sucessora por incorporação** da TELEMIG CELULAR S/A e tem por objeto social a prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP) no Estado de Minas Gerais.

(...)

Informa que, após finalizada a transferência, será providenciada a baixa da inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado, bem como no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, relativamente aos estabelecimentos filiais transferidas.

(...)

CONSULTA:

1 – Há incidência de ICMS sobre a operação de transferência de titularidade dos estabelecimentos filiais para a empresa subsidiária estabelecida em Minas Gerais (VIVO S/A)?

2 – Após a transferência do estabelecimento filial, os créditos de ICMS acumulados e também os constantes do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP poderão ser utilizados pela empresa subsidiária (VIVO S/A)?

(...)

RESPOSTA:

1 – Não. Conforme previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/96, não há incidência de ICMS na transferência de propriedade de estabelecimento, qualquer que seja a natureza da operação pela qual é concretizada.

Tal regra foi refletida no art. 7º, inciso XX, da Lei nº 6.763/75, e no inciso XV do art. 5º do RICMS/02, nestes termos:

Lei Complementar nº 87/96.

Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

RICMS/02.

Art. 5º. O imposto não incide:

(...)

XV - a operação, de qualquer natureza, de que decorra a transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, desde que não importe em saída física de mercadoria;

(..)

Ressalte-se que, por se tratar de alienação de estabelecimento, a empresa alienante e a empresa adquirente devem providenciar, junto ao órgão competente de registro comercial, as alterações exigidas pela legislação empresarial.

Saliente-se, outrossim, que para efetivação da baixa da inscrição estadual, promovida pela empresa alienante, deverá haver a quitação de quaisquer créditos tributários de sua responsabilidade devidos até a data do ato.

2 – Sim. Na presente hipótese há a aquisição de estabelecimento sem saída física de mercadorias e bens do ativo imobilizado. Nestas circunstâncias, a não incidência mencionada na resposta ao item anterior tem o condão apenas de impedir a incidência do imposto no meio da cadeia de circulação de mercadorias, uma vez que todo o estabelecimento é adquirido, com todos seus componentes, inclusive as mercadorias e o crédito em conta gráfica.

(...)

Neste propósito, o art. 170 do RICMS/02 prevê, paralelamente aos casos de fusão, cisão, incorporação e transformação, também a hipótese de “aquisição de estabelecimento”, devendo a empresa adquirente transferir para o seu nome, por intermédio da repartição fazendária a que ficar circunscrita, dentro de 30 (trinta) dias, contados da ocorrência, os livros fiscais em uso pelo estabelecimento adquirido,

continuando a escriturá-los, observado o § 2º deste artigo, e assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição ao Fisco.

Assim, o crédito permanece presente na conta gráfica, podendo ainda se dar a continuidade do aproveitamento do crédito de ICMS constante no livro CIAP.

(...)

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 07 de outubro de 2011.

Em razão da não incidência do ICMS, decorrente da incorporação, em relação às mercadorias que porventura se encontram em estoque gravadas com a substituição tributária (transferência de propriedade dos estoques da incorporada, sem movimentação física das mercadorias), cabe à incorporadora restituir-se do imposto, nos termos do art. 23, inciso II do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 23. O estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer:

(...)

II - saída amparada por isenção ou não-incidência;

Tampouco, os créditos referentes ao ICMS próprio e ICMS/ST sobre os estoques de 31/03/13, ensejam o ressarcimento mediante creditamento na escrita fiscal, nos termos do art. 20 da Resolução nº 3.728/05, conforme alega a Impugnante. Confira-se:

Art. 20. O imposto será restituído:

I - mediante creditamento na escrita fiscal do contribuinte, na hipótese de exclusão de mercadoria do regime de substituição tributária;

II - na forma prevista no Anexo XV do RICMS, na hipótese de redução de carga tributária após a retenção, apuração ou pagamento do imposto devido a título de substituição tributária.

(Grifou-se).

No caso dos autos, não se trata de exclusão de mercadoria do regime de substituição tributária, tampouco de redução de carga tributária.

Assim sendo, também não prospera a alegação da Impugnante de que se trata de mera formalidade, uma vez que o Contribuinte apenas deixou de comunicar ao Fisco, no prazo estabelecido, o aproveitamento de crédito extemporâneo, conforme prevê o art. 67, § 2º, inciso III do RICMS/02.

O crédito extemporâneo de que trata o citado dispositivo legal tem origem em documento fiscal, que não tenha sido aproveitado na época própria, o que não é o caso dos autos. Também não é o caso estampado na Consulta de Contribuintes nº

10/2013, pois não se trata de saldo credor escriturado nos livros fiscais da empresa incorporada.

Como se vê os créditos escriturados pelo Contribuinte sob o argumento de “acertamento” da conta gráfica não encontra respaldo na legislação tributária.

Portanto, correto o estorno promovido pelo Fisco.

A Impugnante alega que não se pode cumular a multa de revalidação com a Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que foram aplicadas em razão da mesma infração, qual seja o recolhimento a menor do imposto, em razão da glosa de créditos, sendo a base de cálculo utilizada para a aplicação das penalidades a mesma, posto que o suposto valor recolhido a menor corresponde exatamente ao valor dos créditos glosados, o que caracterizaria *o bis in idem*.

Alega que tal cumulação de multas é abusiva e desproporcional, não sendo possível a sua aplicação por violação à própria natureza da multa isolada.

Cita julgados proferidos pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, acerca da aplicação da teoria da absorção, para alegar que deve ser cancelada a parcela do crédito referente à aplicação da multa isolada.

Entretanto tal argumento não se sustenta.

Com efeito, a multa de 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 da falta de recolhimento de ICMS pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso XXVI 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 já obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada 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):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS –
APELADO(A)(S): CAA MARIANO LTDA. – RELATORA:
EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON
ANDRADE.

A Impugnante ainda discorda da majoração das multas aplicadas.

Aduz que a única semelhança entre os PTAs utilizados pelo Fisco para caracterizar a dupla reincidência no tocante ao art. 55, inciso XXVI (PTAs nº 01.000171008-51 e 01.000171868-28) seria o creditamento indevido de ICMS, em sentido amplo, não sendo suficiente para caracterização da reincidência.

Aduz que o PTA nº 01.000171008-51 tem como infração o aproveitamento indevido de imposto sobre aquisições de mercadorias de empresas do Simples Nacional e saídas com diferimento e o PTA nº 01.000171868-28 trata da glosa de créditos considerados pelo Fisco como material de uso e consumo e/ou alheio à atividade da empresa, portanto, situações completamente distintas da hipótese prevista nos presentes autos.

No entanto, não lhe assiste razão.

Assim dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75:

Art. 53. (...)

§ 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.

(Grifou-se).

A reincidência decorre da prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, nos termos do dispositivo legal supracitado.

Observe-se que o legislador mineiro, para fins meramente fiscais, adotou como critério de reincidência o da penalidade aplicável ao caso concreto e não o tipo de infração cometida, como defendido pela Impugnante, ou seja, ainda que tenham naturezas diferentes, se as infrações estiverem sujeitas à mesma penalidade, estará

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caracterizada a reincidência, observadas as demais condições estabelecidas no § 6º acima transcrito.

Portanto, correta a majoração da penalidade isolada em virtude da reincidência caracterizada, conforme se depreende dos documentos de fls. 59/72 dos autos.

Não há ainda, que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA, uma vez que não compete a este órgão julgador “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”.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Alessandro Mendes Cardoso e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Luiz Geraldo de Oliveira e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 05 de outubro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator

D