

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.819/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166313-64
Impugnação: 40.010128041-26
Impugnante: Petrobras Distribuidora SA
IE: 067059023.00-25
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatou-se venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outro Estado da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, §12 da Parte Geral do RICMS/02. 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, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2006 a fevereiro de 2007, em razão da utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outra Unidade da Federação, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, subalínea “a.1” e § 12º do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da citada lei, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 184/203, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 226/235.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de relatar os fatos ocorridos, transcrever ementas de acórdãos, invocar a Consulta de Contribuinte nº 039/01, citando o princípio da segurança jurídica.

Aduz sobre a correta aplicação da alíquota interestadual, cita o Convênio nº 71/89, cita julgados do STJ e fala da natureza de contribuinte de ICMS das empresas de construção civil.

Tece outros comentários sobre a certeza de seu procedimento, fala da multa confiscatória e pede, ao final, pela improcedência do Auto de Infração em análise,

conversão do julgamento em diligência, o afastamento da multa de 50% (cinquenta por cento) e o deferimento de produção de prova documental suplementar.

O Fisco, por sua vez, rebate os argumentos da Impugnante, entende correto o trabalho fiscal e pede pela sua manutenção integral.

DECISÃO

Da Preliminar do Pedido de Perícia

A Impugnante requer a produção de prova pericial e formula os quesitos de fls. 201/202, com o objetivo de comprovar que as empresas destinatárias são empresas de construção civil regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do Estado de destino das mercadorias e que a alíquota utilizada nas operações está de acordo com a legislação.

Todavia, no caso em exame, a produção da prova pleiteada mostra-se desnecessária, porquanto os autos trazem elementos suficientes de modo a possibilitar ao Julgador aplicar ao caso concreto, o tratamento legal atinente à matéria e assim decidir a lide.

Com efeito, pela leitura dos quesitos propostos, percebe-se que as indagações levantadas já foram respondidas pelos documentos acostados aos autos, em especial as consultas públicas ao cadastro SINTEGRA/ICMS (fls. 138/140).

Ademais, as respostas pretendidas não teriam o condão de alterar o lançamento, pois o que se discute no presente feito é o fato da comprovação inequívoca de que as empresas destinatárias realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/08 (RPTA), ao tratar sobre o pedido de prova pericial, estabelece no seu art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, *in verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

(...).

Dessa forma, observado o disposto no art. 154, inciso III do RPTA, indefere-se o pedido de perícia formulado, com fundamento na alínea “a” do inciso II, § 1º do art. 142 retrocitados.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação de que o Contribuinte efetuou vendas para empresas de construção civil, localizadas em outra Unidade da Federação, utilizando-se indevidamente de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a.1” e § 12º do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, nos termos do art. 56, inciso II, e Multa Isolada, prevista no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Relativamente às operações realizadas a partir de 1º/01/05, em conformidade com o disposto no § 12 do art. 42 da Parte Geral do RICMS/02, a utilização da alíquota interestadual para as saídas destinadas às empresas de construção civil depende da comprovação inequívoca, pelo remetente, que a destinatária realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias, o que efetivamente não foi feito pela Autuada.

Há que se ponderar que a inscrição é uma formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade das empresas de construção civil. O fato de a empresa possuir inscrição estadual e *status* de contribuinte, conforme consulta básica ao Cadastro Público do SINTEGRA, não cria qualquer substância efetiva.

O § 12 do art. 42 do RICMS, Decreto estadual nº 43.080/02, estabelece:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 12 - Na operação que destine bens ou mercadorias à empresa de construção civil de que trata o art. 174 da Parte 1 do Anexo IX, localizada em outra unidade da Federação, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota prevista para a operação interna, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Infere-se da norma supra que o remetente deve comprovar, claramente, que o destinatário é contribuinte, ou seja, exerce operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Assim, não basta a inscrição estadual da destinatária para que a operação seja realizada com a alíquota interestadual, é preciso que se comprove que a empresa de construção civil, em regra não contribuinte do imposto, pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS.

Saliente-se que a Impugnante, apesar de intimada, não carrou aos autos a comprovação da condição de contribuinte dos destinatários das operações questionadas, na forma exigida no dispositivo legal retromencionado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido a então DOET/SUTRI/SEF exarou a seguinte Consulta de Contribuintes:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 213/2005

(MG DE 28/10/2005)

ALÍQUOTA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – CONSULTA INEFICAZ. DEVE SER DECLARADA INEFICAZ A CONSULTA QUE VERSE SOBRE DISPOSIÇÃO CLARAMENTE EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO, CONFORME INCISO I, ART. 22 DA CLTA/MG, APROVADA PELO DECRETO Nº. 23.780/84.

(...)

CONSULTA: 1- APLICA-SE A ALÍQUOTA INTERNA OU INTERESTADUAL NA OPERAÇÃO QUE DESTINA MERCADORIA À EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL DOMICILIADA EM OUTRO ESTADO REGULARMENTE INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES? 2- SENDO A DESTINATÁRIA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL INSCRITA EM SEU ESTADO, MAS NÃO ATUANDO COMO CONTRIBUINTE, O ICMS É DEVIDO À ALÍQUOTA INTERNA OU INTERESTADUAL?

RESPOSTA: 1 E 2 – A MATÉRIA EM QUESTÃO ENCONTRA-SE EXPRESSA DE FORMA CLARA NO § 12 DO ART. 42, PARTE GERAL DO RICMS/02, E NA ORIENTAÇÃO DOET/SUTRI Nº. 02/2005, AMBOS DISPONIBILIZADOS NO SITE DA SEF:

(...)

A TÍTULO DE ORIENTAÇÃO, ESCLAREÇA-SE QUE, AINDA QUE A EMPRESA SEJA INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS NO SEU ESTADO, DEVERÁ SER APLICADA A ALÍQUOTA PREVISTA PARA OPERAÇÃO INTERNA (18%), SALVO SE COMPROVADO, PELO REMETENTE E DE FORMA INEQUÍVOCA, QUE A DESTINATÁRIA REALIZA, COM HABITUALIDADE, OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO. (GRIFOU-SE)

POR ÚLTIMO, ACRESCENTA-SE, O CONTRIBUINTE, REMETENTE DA MERCADORIA, QUE APLICAR A ALÍQUOTA INTERESTADUAL (12% OU 7%) E NÃO COMPROVAR QUE A DESTINATÁRIA REALIZA COM HABITUALIDADE, OPERAÇÕES SUJEITAS A ICMS FICARÁ SUJEITO À AUTUAÇÃO PELO FISCO, QUE EXIGIRÁ O VALOR DO IMPOSTO RELATIVO A DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, E A MULTA DE REVALIDAÇÃO DE 50% DO VALOR DESTA DIFERENÇA APURADA.

DOET/SUTRI/SEF, 27 DE OUTUBRO DE 2005.

Ante o exposto acima, não se pode afirmar, como faz a Impugnante, que a exigência fiscal foi baseada em presunção e sem comprovação.

Quanto à alegação de que a alíquota a ser aplicada aos destinatários localizados em outras Unidades da Federação é a prevista para as operações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestaduais, estaria correta desde que o adquirente fosse contribuinte do imposto. No caso de não contribuinte a alíquota a ser aplicada é a da operação interna.

No presente caso os destinatários se enquadram na condição de consumidor final localizado em outro Estado, para cujas operações a Constituição Federal de 1988 determina:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens 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 dele; (grifou-se)

Segundo ainda o texto constitucional, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, principalmente quanto à definição dos fatos geradores (art. 146, III, e art. 155, §2º, inc. XII).

Desde o Decreto-lei nº 406/68, com natureza de lei complementar, que estabeleceu normas gerais de direito tributário aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, passando pelas Leis Complementares nº 87/96 e nº 116/03, não há previsão de incidência de ICMS sobre a saída de materiais em operações realizadas por empresas de construção civil, a serem empregados na realização das obras sob a responsabilidade das construtoras.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em recente decisão: Processo nº 1.0704.05.031013-2/001(1), número CNJ: 0310132-58.2005.8.13.0704, Relator: Geraldo Augusto, Relator do Acórdão: Geraldo Augusto, data do julgamento: 18-08-09, data da publicação: 04-09-09, decidiu conforme ementa abaixo:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - NÃO INCIDÊNCIA. A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS POR CONSTRUTORA CIVIL PARA SEREM APLICADOS EM SUA ATIVIDADE-FIM NÃO ESTÁ SUJEITA À INCIDÊNCIA DE ICMS. AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELES PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DE SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS.

Acrescenta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificou entendimento no sentido de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam, conforme se depreende das decisões abaixo:

REsp 1135489 (2009/0069502-3 - 01/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO – OCORRÊNCIA - ICMS - CONSTRUÇÃO CIVIL - AQUISIÇÃO PARA UTILIZAÇÃO EM OBRAS PRÓPRIAS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INDEVIDO REsp 1135349/AL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

2. ESTA CORTE PACIFICOU O ENTENDIMENTO, CONSOANTE JULGAMENTO REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC, NO SENTIDO DE QUE NA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO CIVIL POR EMPRESAS DO RAMO PARA APLICAÇÃO EM OBRAS PRÓPRIAS, NÃO INCIDE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DO TRIBUTO.

(...)

EDCL NO REsp 1140585 (2009/0175287-8 - 17/05/2010)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - VENDA A EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - ALÍQUOTA INTERESTADUAL - DESCABIMENTO – REsp 1135349/AL - ART. 543-C DO CPC

1. A ALÍQUOTA INTERESTADUAL É APLICÁVEL NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDA DE BENS OU MERCADORIAS COM EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL QUANDO ESTAS APLICAM OS BENS OU MERCADORIAS EM OBRAS REALIZADAS SOB SUA SUPERVISÃO OU QUANDO REVENDEM AS MERCADORIAS A TERCEIROS. NO MESMO SENTIDO É O ART. 7º, § 2º, I, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003.

2. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO PARA APLICAÇÃO EM OBRA PRÓPRIA CARACTERIZA CONSUMO E AFASTA A QUALIDADE DE CONTRIBUINTE DO IMPOSTO, SENDO DEVIDA A ALÍQUOTA INTERNA. PRECEDENTES DO STJ.

3. QUESTÃO JURÍDICA PACIFICADA NO REsp 1135349/AL, REL. MIN. LUIZ FUX, J. 09.12.2009, DJE 01.02.2010.

4 RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Assim, restou comprovado o recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação incorreta da alíquota nas operações de saídas de mercadorias destinadas a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresas de construção civil localizadas em outra Unidade da Federação uma vez que a legislação determina que em operações estaduais para destinatários não contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota interna.

A Impugnante insurge-se contra a multa de revalidação aplicada afirmando ser abusiva e dotada de caráter confiscatório e que o percentual aplicado de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto é desproporcional, porque eleva o valor exigido de forma exacerbada.

Ao contrário do que entende a Impugnante, a multa aplicada tem previsão legal no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e não se sujeita à vedação constitucional de instituição de tributo com natureza de confisco, dado o seu caráter de penalidade pelo não pagamento do tributo no prazo legal, sendo exigida em lançamento de ofício quando constatado a falta de pagamento ou pagamento a menor de ICMS.

LEI nº 6.763/75

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.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do que dispõe o art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, tem-se que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto, restando caracterizada, portanto, a vedação prevista no art. 53, § 5º, item 3 da citada lei.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 29 de outubro de 2010.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**