

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.268/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166577-62
Impugnação: 40.010128204-66
Impugnante: Centro Oeste Asfaltos Ltda
IE: 301502442.01-11
Proc. S. Passivo: Dirceu Marcelo Hoffmann/Outro (s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a venda de mercadoria para empresa de construção civil, não contribuinte do imposto, localizada em outro Estado da Federação, com uso indevido da alíquota interestadual contrariando o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” e § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de junho de 2008 a março de 2009, em razão da utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a empresa de construção civil, não contribuinte do imposto, localizada em outra Unidade da Federação, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” e § 12º do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 44/58, acompanhada dos documentos de fls. 59/84, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 85/95.

Na sessão do dia 09/02/11, deliberou a 1ª Câmara de Julgamento, em preliminar, à unanimidade, em deferir o requerimento de juntada de documentos, conforme petição protocolada em 24/01/11.

Autuados os documentos (fls. 115/129), o Fisco se manifesta a respeito (fls.131/132).

DECISÃO

1 - Das Preliminares

1.1 - Nulidade do Auto de Infração – Cerceamento ao direito de defesa – Ausência de autorização aos Servidores responsáveis pela fiscalização, bem como ao Fiscal autuante

Sustenta a Impugnante que ficou impossibilitada de se defender por completo, em virtude de não saber se os procedimentos formais que devem ser obedecidos para a formalização do lançamento foram seguidos pelo Fisco.

Afirma que a falta de apresentação da Ordem de Serviço nº 08.100082558.87, teria acarretado cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que não pode ter a certeza se a fiscalização fora procedida pela autoridade competente.

Assegura que o Auto de Infração fora lavrado por pessoa incompetente, haja vista que foi assinado por pessoa diversa daquelas que participaram da fiscalização inicial.

Acrescenta que nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72 é nulo os atos e termos lavrados por pessoa incompetente.

Entretanto, razão não lhe assiste, consoante restará demonstrado.

A ação fiscal deu-se amparada pelas Ordens de Serviço nºs 08.100000168.59 e 08.100082558.87, cópias anexadas às fls. 02/04 e citadas, respectivamente, no Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e Auto de Infração (AI).

Conforme prevê o inciso VI do art. 4º da Lei nº 13.515/00, a Ordem de Serviço constitui documento hábil para amparar o Fisco nos procedimentos de fiscalização no estabelecimento do Contribuinte.

Segundo esclarece o Fisco, a ordem de serviço mencionada na peça defensiva, só não foi exibida à Autuada, porque esta não a requereu antes da notificação do Auto de Infração.

Ademais, não há exigência em nossa legislação da condicionante de que o Fisco exiba a ordem de serviço na forma pretendida pelo Contribuinte.

Para documentar o início da ação fiscal, em 23/02/10, a Autoridade Fiscal lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal nº FP002/2010 (fls. 02).

Após a conclusão dos trabalhos o Fisco lavrou o presente Auto de Infração de conformidade com o disposto no art. 89 do RPTA/MG (Decreto nº 44.747/08).

No tocante às autoridades competentes para lavratura do Auto de Infração, dispõe o § 1º do art. 201 da Lei nº 6763/75, a seguir transcrito.

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscalização e de lançamento do crédito tributário.

Percebe-se por meio do exame do campo “Fiscal Responsável pela Autuação” constante do Auto de Infração (fls. 05/06), que nele constam os nomes de 02 (dois) Auditores Fiscais da Receita Estadual, servidores estes, competentes para efetuarem o lançamento do crédito tributário, nos termos do mencionado dispositivo legal.

O Decreto nº 70.235/72, referido pela Impugnante, que regula o Processo Administrativo Tributário Federal e dá outras providências, não se aplica ao Processo Tributário Administrativo do Estado de Minas Gerais, que se rege por legislação própria: RPTA/MG (aprovado pelo Decreto nº 44.747/08) e Lei nº 6763/75.

Assim sendo, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou nulidade do Auto de Infração, haja vista a inocorrência dos “supostos” vícios apontados pela Impugnante.

1.2 – Nulidade do Auto de Infração – não comprovação da reincidência

Com a devida “*venia*”, os autos informam às fls. 06 que a Autuada recebeu o Auto de Infração seguido de 05 (cinco) anexos, estando dentre estes anexos, exatamente aquele que faz alusão e comprovação da mencionada reincidência.

Trata-se do Anexo “5” constante de fls. 36 e seguintes dos autos, pontuando, como dito, todas as circunstâncias que conduziram o Fisco à aplicação da reincidência em comento.

Assim, resta patente que a prova material da alegação do Fisco acerca da reincidência se mostra nos autos.

Logo, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

1.3 – Nulidade do Auto de Infração – vício na majoração da base de cálculo

Caracterizada a infração à legislação, correta está a exigência do ICMS sobre a base de cálculo recomposta, e não majorada.

Não houve majoração da base de cálculo. No confronto do quadro demonstrativo de fls. 15 com os documentos fiscais de fls. 21/25, vê-se nitidamente que o Fisco manteve os mesmos valores apresentados pela Autuada. E no cálculo do ICMS a recolher deduziu o crédito presumido a que ela tem direito.

A recomposição da base de cálculo do imposto se faz necessária uma vez que os valores da base de cálculo destacados nos documentos fiscais foram calculados com o ICMS à alíquota de 7% (sete por cento). Para a recomposição utilizou-se a fórmula demonstrada na planilha do Anexo I, na coluna “Base de Cálculo do ICMS Recomposta”. Em seguida, incorporou-se o montante correto com a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Logo, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação de aplicação incorreta da alíquota do ICMS nas operações de saídas de mercadoria (cimento asfáltico) destinadas a empresa de construção civil, localizada em outra Unidade da Federação, no período de junho de 2008 a março de 2009.

O Auto de Infração em comento, em respeito ao princípio da legalidade, pautou-se, na Constituição da República de 1988, na Lei Estadual nº 6.763/75 e no Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais.

Foi infringido o art. 155, inciso VII, § 2º, alínea “b”, da Constituição Federal:

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

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

(...)

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Em relação à Lei nº 6763/75, foi infringido o art. 16, incisos VI, IX e XIII, conforme abaixo:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária.

Quanto ao Regulamento do ICMS – Decreto nº 43.080/02 foram infringidos os seguintes artigos:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

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

(...)

§ 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**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (Grifou-se)

A destinatária das mercadorias da Autuada está sediada no Estado de Goiás, conforme os documentos fiscais de fls. 21/25. Ela é do ramo de construção civil, condição reconhecida pela própria Autuada, que alega que ela é contribuinte do ICMS, pois possui inscrição estadual, de acordo com declaração da Secretaria de Fazenda daquele Estado.

Não basta, todavia, que as empresas de construção civil tenham inscrição estadual e até mesmo recolham diferencial de alíquota. Essa situação, por si, não prova a condição delas como contribuintes do ICMS.

As empresas de construção civil, excepcionalmente, podem ser enquadradas como contribuintes do ICMS, desde que observem o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 14 da Lei nº 6.763/75, que dispõem sobre o conceito e requisitos para caracterizar o contribuinte do ICMS:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I - importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados;

IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Lei nº 6.763/75:

Art. 14 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º - A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto. (grifou-se)

Pelo dispositivo acima, vê-se que são dois os requisitos para a caracterização das empresas de construção civil como contribuintes do ICMS: a) habitualidade de operações sujeitas ao ICMS; b) volume que caracterize intuito comercial.

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

Art. 55

(...)

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

A habitualidade é provada mediante a apresentação da cópia dos livros registro de entradas, saídas e apuração do ICMS, em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao imposto, com o visto da repartição fazendária a que é circunscrito o contribuinte.

No presente caso, a prova da habitualidade são as operações subsequentes tributadas pelo ICMS, praticadas pelas destinatárias das mercadorias. Porém, a Autuada não anexou essa prova aos autos.

Vale registrar que a Impugnante faz referência ao Convênio nº 137/02, o qual dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em relação a operação interestadual que destine mercadoria a empresa de construção civil, porém, o Estado de Minas Gerais não é signatário.

Oportuno salientar que a Defesa acostou ao feito os documentos de fls. 116/129 onde constam ali as informações e movimentações do SINTEGRA da referida destinatária como também guias de pagamento do ICMS.

Não obstante, os referidos documentos dizem respeito ao exercício de 2010, ou seja, período que não é objeto da presente ação fiscal que versa sobre os exercícios de 2008 e 2009. Portanto, posteriores às exigências fiscais.

Diante de todos os argumentos apresentados, resta incontroverso o tratamento tributário dado pela legislação mineira atual às empresas de construção civil, considerando-as, em regra, como não contribuintes do imposto, para todos os efeitos, o que resulta na obrigação de adquirir mercadorias em operações interestaduais com incidência da alíquota prevista para as operações internas e, do mesmo modo, aplicar nas saídas dos estabelecimentos mineiros, para tais destinatários, a alíquota interna.

Este foi o entendimento desta Casa ao julgar a impugnação referente ao Auto de Infração nº. 01.000154309-85, que resultou no Acórdão nº 17.903/08/2ª, transcrito a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“NÃO É SÓ O FATO DE UMA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL ESTAR INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO QUE IRÁ QUALIFICÁ-LA COMO CONTRIBUINTE DO ICMS. EM REGRA, A CONCESSÃO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÀS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL CONSTITUI MERA FORMALIDADE, TENDO COMO OBJETIVO, PRINCIPALMENTE, FACILITAR A MOVIMENTAÇÃO DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E OUTROS BENS INERENTES À ATIVIDADE DO SETOR.

NO INTUITO DE DEIXAR CLARO O ENTENDIMENTO DA NORMA INSERTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA NAS OPERAÇÕES DESTINADAS A NÃO-CONTRIBUINTE DO IMPOSTO LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, O LEGISLADOR MINEIRO INCLUIU O PARÁGRAFO 12 NO ART. 42 DO RICMS/02, REAFIRMANDO QUE NESTAS OPERAÇÕES, QUANDO O DESTINATÁRIO FOR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, AINDA QUE INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS DE SEU ESTADO, A ALÍQUOTA APLICADA É A INTERNA, SALVO SE O REMETENTE COMPROVAR, DE FORMA INEQUÍVOCA, QUE O DESTINATÁRIO REALIZA, COM HABITUALIDADE, OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS.”

Como se observa, não há eficácia aos argumentos da defesa levando em conta a legislação aplicável à espécie.

É válido lembrar a recente decisão do Conselho de Contribuintes favorável à Fiscalização por decisão unânime, cuja matéria é idêntica ao presente auto, através do Acórdão 19.653/10/3ª transcrito a seguir:

“ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. CONSTATADO VENDAS DE MERCADORIAS PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL, NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO, LOCALIZADAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, CONTRARIANDO O DISPOSTO NO ART. 42, INCISO II, SUBALÍNEA “A.1”C/C § 12 DA PARTE GERAL DO RICMS/02. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 54, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

Assim, as provas colacionadas não são suficientes para afastar a sanção fiscal em comento. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fabiano dos Reis Taino e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

ACR/EJ

CC/MG