

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.900/12/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170589-51
Recurso de Revisão: 40.060131910-84
Recorrente: Arcelormittal Brasil S/A
IE: 367094007.03-33
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a saída de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados 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. 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. Crédito tributário reformulado pelo Fisco com exclusão das exigências relativas aos destinatários em que houve comprovação de operações de vendas de produção do estabelecimento com destaque do ICMS. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante análise de documentos fiscais e relatórios de registros fiscais dos documentos de saída de mercadorias (SPED_EFD), no período de 01/10/09 a 30/04/11, onde se constatou que a Recorrente realizou operações de saída de mercadorias para não contribuintes do ICMS com a utilização de alíquota interestadual de 7% (sete por cento) quando deveria ter utilizado a alíquota de 12% (doze por cento), própria para operação interna, conforme estabelece o § 12 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02 (42 UFEMGs por documento fiscal emitido com alíquota incorreta).

A decisão da 3ª Câmara de Julgamento, consubstanciada no Acórdão n.º 20.395/12/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 188/196, considerando os pagamentos efetuados conforme documentos de fls. 268/271 e 276/277.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 320/334.

DECISÃO

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se parte daquela decisão, conforme a seguir.

Do Mérito:

Conforme relatado, trata a autuação de recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/10/09 a 30/04/11, em face da utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outras Unidades da Federação.

Exigiu-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” da Parte Geral do RICMS/02 (42 UFEMGs por documento fiscal emitido com alíquota incorreta).

Cobrou-se reincidência, a partir de 31/08/10, quando houve o reconhecimento de infração com penalidade idêntica no PTA 01.000165295.60 pelo mesmo Sujeito Passivo, nos termos do previsto no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Houve a reformulação do crédito tributário com a exclusão das exigências correspondentes às notas fiscais de saídas emitidas para 03 (três) destinatários, em face de documentos apresentados pela Recorrente às fls. 162/164 dos autos.

A Fiscalização anexa, às fls. 16/44, telas de “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral”, consulta efetuada no *site* da Receita Federal do Brasil, pertencente a cada cliente destinatário da empresa Arcelormittal Brasil S/A constantes das notas fiscais de saídas emitidas com destaque do imposto com alíquota de 7% (sete por cento). Em todas as telas de consultas constata-se que as atividades das empresas pertencem ao CNAE de construção civil e correlatos.

A Recorrente centra sua tese de defesa na inscrição dos estabelecimentos no cadastro de ICMS dos Estados destinatários, entendendo que esta condição é suficiente para caracterizá-los como contribuintes do imposto, na esteira do que dispõe a alínea “a” do inciso VII do art. 155 da Constituição Federal e de decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Para comprovar suas assertivas de que as empresas de construção civil destinatárias das mercadorias são contribuintes do ICMS em seus respectivos Estados, faz juntar cópias de documentos relativos aos cadastros estaduais, declarações da condição de contribuintes e cópias de DANFES emitidos por 03 (três) destinatários.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para as cópias de DANFEs apresentadas, fls. 162/164, emitidas por 03 (três) destinatários relativas à venda de mercadorias de produção própria, com destaque do ICMS (CFOP 5.101), a Fiscalização entendeu que no caso dessas empresas ficou caracterizado que elas produzem e comercializam mercadorias e, assim, acatou as provas trazidas e excluiu as exigências fiscais referentes às notas fiscais emitidas pela Recorrente para os 03 (três) destinatários, conforme reformulação do crédito tributário às fls. 188/197.

Para os demais documentos apresentados, composto de “Atestados de Condição de Contribuintes do ICMS” expedidos pelos Fiscos de destino de 10 (dez) destinatários clientes da Recorrente, a Fiscalização não reconheceu como prova suficiente para atestar a condição de contribuintes do imposto.

O ponto central da impugnação reside no conceito de contribuinte de ICMS, uma vez que este é o critério utilizado pela Constituição Federal para definir a utilização da alíquota interna ou interestadual.

De acordo com os argumentos apresentados, as empresas de construção civil destinatárias das mercadorias seriam contribuintes do ICMS pelo simples fato de estarem inscritas nos cadastros de contribuintes dos Estados em que estão estabelecidas.

De modo diverso, no entanto, a legislação do Estado de Minas Gerais define que a condição de contribuinte é constatada em decorrência da prática habitual de operações relativas à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços, definidas como fato gerador do ICMS, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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 operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

Seguindo a mesma linha e, com o intuito de dirimir as dúvidas em relação à condição das empresas de construção civil inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o legislador mineiro acrescentou o § 12 ao art. 42 do RICMS/02, que assim dispõe:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

De acordo com o dispositivo em comento, a simples inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS não comprova que a empresa é contribuinte do imposto, sendo necessária a comprovação pelo emitente, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Dessa forma, a condição de contribuinte do imposto do destinatário da mercadoria deve ser comprovada por qualquer meio de prova inequívoco que venha a oferecer convencimento à autoridade fiscal.

Para 10 (dez) destinatários constantes nas notas fiscais de saídas emitidas com destaque da alíquota de 7% (sete por cento), a fim de comprovar a condição de contribuinte do ICMS, a Recorrente apresenta cópias de “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” emitidos pelas Secretarias de Fazenda dos Estados destinatários (fls. 148/152, 173/180 e 199/200).

Contudo, é de se destacar que certidão, emitida por repartição fazendária, atestando simplesmente que a empresa de construção civil é cadastrada como contribuinte do imposto não é suficiente para comprovar que ela pratica, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias alcançadas pela hipótese de incidência do 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, para fins de aplicar a alíquota prevista para as operações interestaduais.

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, publicado em 04/09/09, assim decidiu sobre a matéria:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 colacionadas pela Fiscalização às fls. 285/287.

Por fim, quanto à emissão das notas fiscais com alíquota incorreta, foi aplicada a penalidade estabelecida no art. 54, VI, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 215, VI do RICMS/02.

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

Observa-se, sem muito esforço, que o tipo infracional previsto na norma supra se coaduna perfeitamente com a irregularidade cometida concernente à utilização incorreta de alíquota do ICMS.

Conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, a multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento), a partir de 31/08/10, quando houve o reconhecimento de infração com penalidade idêntica no PTA 01.000165295.60 do mesmo sujeito passivo, conforme resta comprovado às fls. 14/15.

Quanto à arguição de que a multa isolada aplicada é confiscatória e desproporcional, deve-se destacar que tal multa tem amparo na legislação estadual e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão, em face do disposto no art. 110 do RPTA.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada do documento protocolizado no dia 12/06/12 e em devolvê-lo ao procurador da Recorrente. Também em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), André Barros de Moura e Sauro Henrique de Almeida, que lhe davam provimento parcial para excluir as exigências referentes aos destinatários para os quais foram apresentados atestados emitidos pelos Fiscos de destino, nos termos do voto vencido. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Wenceslau Teixeira Madeira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da signatária e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 29 de junho de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Relatora Designada**

Iwo

CC/MIG