

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.259/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000184636-80
Impugnação: 40.010133460-75
Impugnante: Intercement Brasil S.A.
IE: 304014206.26-52
Proc. S. Passivo: Tatiana Rezende Torres/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a venda de mercadorias para empresa de construção civil, não contribuinte do imposto, localizada em outro Estado da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS por dar saídas de mercadorias destinadas à empresa com atividades de construção civil e prestadores de serviços de concretagem, considerados não contribuintes do ICMS, localizadas em outros Estados da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 129/152.

A Fiscalização retifica o crédito tributário, considerando o acatamento parcial das alegações apresentadas na impugnação, conforme Termo de Reformulação de Auto de Infração (AI) de fls. 253, levantamento de fls. 254/278 e Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) de fls. 279.

Intimada, a Contribuinte manifesta-se às fls. 282/284.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 288/304, pedindo ao final a procedência do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário, efetuada às fls. 253.

DECISÃO

Conforme relatado a autuação versa sobre a constatação, mediante a conferência de livros e documentos fiscais, de recolhimento a menor do ICMS, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período de janeiro de 2007 a dezembro de 2007, dada a saída de mercadorias (cimento) destinadas à empresas com atividades de construção civil e prestação de serviços de concretagem, consideradas não contribuintes, localizadas fora do território deste Estado, utilizando indevidamente a alíquota interestadual.

A Impugnante argui a decadência do crédito tributário, relativo ao período de janeiro a novembro de 2007, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

O § 4º do art. 150 do CTN, disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

Porém, no presente caso, não houve pagamento (integral) do imposto. Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado.

Este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, donde o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª e 19.626/10/3ª.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/08, findando-se em 31/12/12. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 04/12/12 e que o Sujeito Passivo foi pessoalmente intimado em 20/12/12 (fl. 05), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito de promover o lançamento.

Portanto, não há que se falar em decadência do crédito tributário referente ao período de janeiro a novembro de 2007.

Cabe frisar que quando da impugnação, a Autuada apresentou cópias dos documentos relativos à denúncia espontânea que fizera em 2011, PTA nº 05.000215661-52, de 10/06/11, pela utilização indevida de alíquota do imposto 12% (doze por cento) ao invés de 18% (dezoito por cento).

Assim, a Fiscalização exclui da autuação as respectivas notas fiscais relacionadas à denúncia espontânea, reformulando o crédito tributário, conforme fls. 253 e planilhas às fls. 254/278.

Ressalta-se que na destinação de bens ou mercadorias à empresa de construção civil localizada em outra Unidade da Federação, deve-se aplicar a alíquota interna, a menos que haja prova robusta, com grande poder de convencimento, de que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42 (...)

§ 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.

Assim, tendo a Impugnante, nessas operações, destacado o ICMS à alíquota de 12% (doze por cento), correta a Fiscalização em aplicar a alíquota prevista na operação interna 18% (dezoito por cento) e exigir a diferença, conforme planilha às fls. 254/278 do PTA, e disposto no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

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;

A Impugnante alega que não há incidência do ICMS, que este não é devido nas operações de remessa de suas mercadorias para estabelecimentos da empresa Companhia Brasileira de Concreto (CBC), por se tratar de remessa para a mesma pessoa jurídica, não havendo, assim, circulação jurídica de mercadoria com transferência da titularidade.

Assevera ainda, que a matéria encontra-se pacificada pela Súmula 166 do STJ, e que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também tem esse entendimento.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Conforme informado pela Fiscalização, se as operações estivessem amparadas por não incidência, não poderia haver apropriação de créditos nas entradas de insumos referentes estas transferências e nem o débito nas saídas.

Frise-se que a própria Impugnante destaca o imposto (ICMS), normalmente, nas saídas, mas, com alíquota menor 12% (doze por cento) ao invés de 18% (dezoito por cento).

Cabe salientar, que não obstante a existência da Súmula 166 do STJ e entendimentos da doutrina e jurisprudência tem-se dispositivos legais, os quais estabelecem que no caso em tela, ocorre o fato gerador do imposto, disposições essas, atualmente vigentes, não tendo sido declarada a sua inconstitucionalidade, de acordo com a legislação colacionada a seguir:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;** (grifou-se)

Lei nº 6.763/75:

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;** (grifou-se)

A Impugnante afirma, também, que as destinatárias são empresas de construção civil que realizam operações sujeitas ao ICMS, com base na inscrição no cadastro do Sintegra e, tendo em vista a descrição da atividade econômica constante no cadastro do CNPJ.

Afirma, ainda, que a Fiscalização é quem deve comprovar que as destinatárias não seriam contribuintes de ICMS, e que, não o fazendo, persiste a dúvida devendo ser aplicada a regra do art. 112 do CTN.

Contudo, conforme exposto, o art. 42, § 12 do RICMS/02, dispõe expressamente que, para o remetente se desincumbir de aplicar a alíquota interna, deve comprovar, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, e, portanto, a mera inscrição no Sintegra ou a descrição da atividade econômica no cadastro do CNPJ não atendem a esses requisitos.

A Impugnante argumenta acerca da seguinte parte da Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 002/05, transcrita a seguir:

Operações interestaduais destinadas à empresa de construção civil

19) Como deverá ser feita a comprovação ao remetente, em operação interestadual, que a destinatária dos bens e/ou mercadorias é uma empresa de construção civil que realiza com habitualidade operações sujeitas ao imposto?

R: A comprovação poderá ser feita por qualquer meio de prova que venha a oferecer convencimento à autoridade fiscal, como, por exemplo, uma certidão do Fisco da UF destinatária da empresa construtora, atestando efetivos recolhimentos de ICMS.

Assim, a certidão que ateste simplesmente que a empresa de construção civil encontra-se inscrita no respectivo Cadastro não comprova ser ela contribuinte do ICMS, sendo necessária prova documental idônea que demonstre que tal empresa recolhe o imposto em relação às operações que pratica. Podem, também, ser apresentadas guias de recolhimento demonstrativas de tais recolhimentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Repare-se que a orientação é no sentido de que até a certidão do Fisco da UF da destinatária, que ateste simplesmente que a empresa de construção civil encontra-se inscrita no respectivo cadastro, não comprova ser ela contribuinte do ICMS.

Entende-se, portanto, que a simples inscrição no cadastro Sintegra e a descrição da atividade econômica no cadastro do CNPJ não são provas inequívocas de realização de operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Às fls. 148 do PTA, a Impugnante afirma que os Estados destinatários das mercadorias (Rio de Janeiro e São Paulo) são signatários do Convênio ICMS nº 71/89, por meio do qual se firmou o entendimento de que *“nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, para fornecimento em obras contratadas que executem sob sua responsabilidade, e em que ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto, aplica-se o disposto na letra “a” do inciso VII e, se for o caso, no inciso VIII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.”*.

Veja-se os dispositivos da Constituição Federal:

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

(...)

§ 2.º 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;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(grifou-se)

Assim, conclui a Impugnante:

“Assim, não havia como exigir da Impugnante que procedesse de forma diversa, sob pena de ser autuada pelos Estados destinatários pela falta de recolhimento da alíquota interestadual destacadas nas Notas Fiscais autuadas”.

Entretanto, não lhe assiste razão.

Cabe destacar que após a denúncia do Convênio ICMS nº 71/89 pelo Estado de Minas Gerais, o legislador mineiro, embasado nas disposições contidas no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b” da CF/88 e art. 4º da LC nº 87/96, incluiu, por meio do art. 3º do Decreto nº 43.923 de 02/12/04, o § 12 no art. 42 da Parte Geral do RICMS/02.

A Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 4º, *caput* estabelece:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Repisa-se que o § 12 do art. 42 da Parte Geral do RICMS/02 dispõe expressamente sobre a necessidade de provas inequívocas de que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

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

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 213/2005

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 à 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.

No que se refere às alegações da Impugnante acerca dos juros de mora incidentes sobre a multa de revalidação de forma retroativa, cabe salientar que a incidência dos juros de mora sobre a multa de revalidação tem previsão legal no art. 226 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

A cobrança dos juros de mora encontra-se disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil, e que os juros de mora incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito:

Resolução nº 2.880/97

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, entende-se que a exigência da multa de revalidação em questão nasce com a exigência do imposto e que deve ter a mesma data de vencimento deste, de forma que sobre ela deva incidir também os juros de mora.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 253. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 27 de junho de 2013.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

M/T