

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.946/15/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000231266-70
Impugnação: 40.010137702-84
Impugnante: ESAB Indústria e Comércio Ltda.
IE: 186425581.00-20
Proc. S. Passivo: Daniela Guimarães Souto de Abreu/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

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 outra unidade da Federação, com a utilização indevida da alíquota interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, subalínea “a.1” e § 12 do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, todos da Lei nº 6.763/75. A multa isolada foi majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação trata de recolhimento a menor do ICMS, em razão da utilização indevida da alíquota interestadual nas saídas de mercadorias com destino a empresa de construção civil que não realizam com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, contrariando o disposto no art. 42, inciso II, subalínea “a.1”, § 12 do RICMS/02, no período de janeiro de 2010 a outubro de 2011.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, todos da Lei nº 6.763/75, esta última c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02 e também majorada em 100% (cem por cento), em razão da reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei, (demonstrativos às fls. 231/232).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 76/95, juntando documentos às fls. 98/216, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 219/226.

Em 23/04/15, a 1ª Câmara exarou despacho interlocutório para que a Impugnante juntasse prova de que os destinatários praticam com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias.

A Impugnante manifesta-se às fls. 240/245 e junta os documentos de fls. 246/280.

Às fls. 282 a Fiscalização manifesta-se destacando que a Autuada não apresentou fatos novos e reitera sua manifestação no sentido da procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração (AI), por considerar que caberia à Fiscalização o ônus de demonstrar que os destinatários não praticam operações de circulação de mercadorias, o que no entendimento da Impugnante seria decorrência lógica do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Ocorre que, conforme dispõe a legislação no tocante às operações envolvendo empresas de construção civil, mesmo que inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o legislador mineiro estipulou a seguinte presunção legal (§ 12 do art. 42 do RICMS/02):

RICMS/02

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.**

(grifou-se)

Depreende-se da legislação posta que, ao contrário do que alega a Impugnante, o ônus de provar de forma inequívoca que a empresa de construção civil destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS é da empresa remetente, o que afasta de plano a alegada nulidade.

Rejeita-se, pois, a nulidade arguida.

Do Mérito

Conforme relatado, a irregularidade refere-se à venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outras unidades da Federação, com utilização indevida da alíquota interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02, no período de janeiro de 2010 a outubro de 2011.

As exigências referem-se ao ICMS devido, acrescido das multas de revalidação e Isolada, sendo esta a prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “F” do RICMS/02, majorada face à constatação de reincidência.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A relação das empresas destinatárias das mercadorias, todas sediadas em outras unidades da Federação, está acostada juntamente com as consultas cadastrais, que demonstram que as referidas empresas têm como atividade principal a construção civil, definida pelo art. 175 do Anexo IX do RICMS/02 da seguinte forma:

Art. 175 - Entende-se como obra de construção civil, hidráulica ou semelhantes:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção ou reparo de estradas de ferro ou de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior de estradas e obras de arte;

III - construção ou reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos ou de outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água ou de saneamento;

V - execução de terraplenagem ou de pavimentação em geral, ou de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica ou hidrelétrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem ou construção de estruturas em geral.

Parágrafo único. Compreende-se, também, como obra de construção civil o serviço auxiliar necessário à sua execução, quando efetuado no local da obra, tal como o de alvenaria, pintura, marcenaria, carpintaria, serralheria, instalações elétricas e hidráulicas.

A regra de enquadramento das empresas de construção civil como empresas prestadoras de serviço, sujeitas à tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), está definida na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, nos itens 7 e 7.02:

7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse contexto, a legislação mineira, no art. 42, § 12 do RICMS/02, estabelece que, nas operações que destinem mercadorias a empresas de construção civil sediadas em outros Estados, como ocorreu no caso dos autos, deve ser aplicada a alíquota interna, salvo comprovação inequívoca, a cargo do sujeito passivo, de que essas empresas realizem, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, confira-se:

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;

(...)

§ 12º - 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.

(Grifou-se.)

A Impugnante alega que *“as destinatárias das mercadorias são inegavelmente contribuintes do ICMS, de modo que está correta a utilização, pela Impugnante, da alíquota interestadual”*.

A Impugnante busca embasar suas alegações apresentando: notas fiscais emitidas e posteriormente canceladas pelos destinatários, certidões de débito positivas com efeito de negativa das empresas destinatárias, emitidas pela Fazenda Estadual, atividades secundárias dos destinatários diferente da construção civil, Certidão de Contribuintes emitida pelo Estado onde está localizado o estabelecimento destinatário, decisão (Acórdão nº 20.289/11/3ª) que teria reconhecido um dos destinatários (Denge Engenharia) como contribuinte do ICMS e consulta (Consulta de Contribuinte nº 129/09) destacando que a consulente faz apuração por débito e crédito.

Contudo, a instrução processual evidencia que a premissa adotada pela Impugnante não é verdadeira, ou seja, as destinatárias não realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 determina que as operações ou prestações que destinem mercadorias ou serviços a consumidor final localizado em outro Estado, devem ser tributadas pela alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do imposto:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

§ 1º Em relação a operações e prestações que destinem mercadorias e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se á:

(...)

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

A Constituição federal em seu art. 146, inciso III, alínea “a” delega à lei complementar a atribuição de definir a condição de contribuinte. Assim, o art. 4º, “caput” da LC nº 87/96 define a condição de contribuinte para efeitos tributários:

Lei nº 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.

O art. 14 e seu § 1º da Lei nº 6.763/75 reiteram a previsão da lei complementar, não deixando dúvidas sobre os critérios para se aferir a condição de contribuinte de uma determinada pessoa:

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 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, já transcrito anteriormente.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, a condição de contribuinte do imposto do destinatário da mercadoria deve ser comprovada por meio de prova inequívoca, e as provas apresentadas pela Autuada não demonstram tal condição.

O “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, expedido para alguns destinatários também não comprova a condição de contribuinte das empresas envolvidas, pois o fato de estar inscrita no Cadastro de Contribuintes não significa que realize, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto.

Ressalte-se que, independentemente do posicionamento do Estado destinatário da mercadoria, dispõe a legislação que, em regra, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a venda desses bens a terceiros. Esse é o posicionamento do STJ sobre a matéria, conforme demonstra o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...) 2. É ASSENTE NA CORTE QUE "AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELES PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DA SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS. HÁ DE SE QUALIFICAR A CONSTRUÇÃO CIVIL COMO ATIVIDADE DE PERTINÊNCIA EXCLUSIVA A SERVIÇOS, PELO QUE 'AS PESSOAS (NATURAIS OU JURÍDICAS) QUE PROMOVEREM A SUA EXECUÇÃO SUJEITAR-SE-ÃO EXCLUSIVAMENTE À INCIDÊNCIA DE ISS, EM RAZÃO DE QUE QUAISQUER BENS NECESSÁRIOS A ESSA ATIVIDADE (COMO MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS, ATIVO FIXO, MATERIAIS, PEÇAS, ETC.) NÃO DEVEM SER TIPIFICADOS COMO MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTO ESTADUAL' (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, IN CONSTRUÇÃO CIVIL - ISS OU ICMS? IN RDT 69, PG. 253, MALHEIROS)"(ERESP 149946/MS, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 20/03/2000). 3. CONSEQUENTEMENTE, É INADMISSÍVEL A RETENÇÃO, PELOS ESTADOS, DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS RELATIVO À OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS POR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL PARA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM OBJETIVO DE COMERCIALIZAÇÃO. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AGRG NO AG 687.218/MA , REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à simples demonstração de que as empresas destinatárias possuem notas fiscais canceladas, isso por si não comprova que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Ainda, as informações cadastrais apresentadas pela Impugnante, nas quais constam atividades secundárias supostamente exercidas pelas empresas de construção civil, não são provas hábeis a comprovar que as destinatárias realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Conforme salientado anteriormente, de acordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02, 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, o que não ocorreu no caso dos autos.

A resposta dada à Consulta de Contribuinte nº 213/05, assim como o Acórdão nº 17.903/08/2ª, dentre outras decisões deste E. Conselho, corroboram todo o exposto:

Consulta de Contribuinte nº 213/05

... 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....

ACÓRDÃO Nº 17.903/08/2ª

... 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.

Vê-se, pois, como já afirmado, que uma simples certidão do Fisco da unidade da Federação da destinatária que ateste que a empresa de construção civil encontra-se inscrita no respectivo cadastro de contribuintes, não comprova que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

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

Art. 55. 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.

(...)

§ 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.

A habitualidade é provada, por exemplo, mediante apresentação de demonstrativos de apuração mensal do ICMS, comprovantes de recolhimentos mensais do imposto, cópias de livros fiscais em que conste a escrituração de diversas operações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeitas ao tributo ou outros documentos da espécie, provas estas não produzidas nos autos.

Quanto à empresa Denge Engenharia e Consultoria Ltda, a Impugnante, com base no Acórdão nº 20.289/11/3ª, diz tratar-se de contribuinte, porém o acórdão citado trata de outro estabelecimento dessa empresa e o fato gerador ocorreu em período distinto deste.

Quanto à Milpan Engenharia, citada em Consulta de Contribuinte, não há na referida consulta elementos suficientes para afastar a acusação fiscal.

Vale lembrar que, quando da aquisição de produtos, a empresa de construção civil tem interesse em provar sua condição de contribuinte do ICMS uma vez que essa teria o benefício financeiro de uma alíquota de ICMS menor.

Assim, a Autuada, quando da realização das operações teria a obrigação de informar que a alíquota de ICMS utilizada seria a alíquota interna se seu cliente não apresentasse prova contundente de sua condição de contribuinte do ICMS.

Correta, portanto, a exigência de ICMS e multas. No que diz respeito à penalidade isolada exigida, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, corretamente agiu a Fiscalização, uma vez que a Impugnante emitiu documentos fiscais com indicações incorretas de alíquota e de imposto devido.

As multas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida. A multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

De acordo com os documentos acostados às fls. 231/232, correta a majoração da multa isolada pela constatação da reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Andrês Dias de Abreu e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Freitas (Revisora).

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.946/15/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000231266-70	
Impugnação:	40.010137702-84	
Impugnante:	ESAB Indústria e Comércio Ltda.	
	IE: 186425581.00-20	
Proc. S. Passivo:	Daniela Guimarães Souto de Abreu/Outro(s)	
Origem:	DF/Contagem	

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, multa isolada e multa de revalidação por ter sido constatado que a Autuada, no período de janeiro de 2010 a outubro de 2011, recolheu a menor o ICMS devido em consequência de venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outra unidade da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual.

Porém, merece reforma total o presente feito fiscal.

Inicialmente, cumpre observar que o trabalho fiscal está fundado no art. 42, § 12 do RICMS/02 que, de seu turno, outorga à contribuinte Autuada o *mister* de ilidir a presunção fiscal de que os remetentes sejam “contribuintes”, do ponto de vista da legislação mineira para fins de adoção da alíquota interestadual e não da alíquota interna como defendido.

Totalmente improcedente as exigências fiscais no caso vertente dos autos, pois, analisando as provas constantes dos autos, vemos que assiste razão à Impugnante.

Veja que a Impugnante colacionou ao feito as provas que lhe eram possíveis colacionar, tais como Certidão dos Estados onde se situam os remetentes, dando conta que eles, remetentes, são contribuintes do ICMS. Efetivamente, trata-se de prova concludente do Poder Público que assiste à contribuinte.

A Impugnante anexou, também, aos autos certidões “positivas” de débitos dos seus fornecedores, ou seja, somente detém “débito” positivado de ICMS quem é contribuinte desse tributo. E mais, há prova de operações afetas ao ICMS calcadas em notas fiscais canceladas.

Com o devido respeito, o conjunto probatório colacionado aos autos pela Autuada, no mínimo, ilide a presunção “*iuris tantum*” apresentada pela Fiscalização, que está alicerçada apenas e tão somente no cartão CNPJ da Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo registram os autos, as provas que a Fiscalização admite são registros em livros fiscais da “destinatária” de operações afetas ao ICMS, livros Registros de Apuração do ICMS e demais provas congêneres a estas.

Porém, a Contribuinte mineira não teria como obter tais provas, pois elas estão guardadas pelo sigilo fiscal.

O art. 5º, incisos X e XII da Carta Magna protegem os sigilos bancários fiscais e demais questões privadas existentes. Portanto, a pretensão da Fiscalização de admitir “provas” que estão gravadas por esta proteção, que é acima de tudo uma proteção Constitucional, seria como exigir prova ilegal da Autuada, pois, exigir prova impossível (prova protegida por sigilo bancário e fiscal) equivale-se a prova ilegal.

A questão é tão flagrante neste caso que, nem se a Autuada fosse ao judiciário “pedir” aos seus fornecedores esta prova o judiciário “deferiria”, exatamente em razão da já citada proteção e sigilos noticiados.

Portanto, as provas colacionadas aos autos pela Autuada são as que a lei lhe autoriza obter e não as que a Fiscalização “quer”.

De outro lado, também, a Fiscalização argumenta que o ICMS eventualmente afeto aos destinatários diz respeito ao diferencial de alíquotas, tendo em vista operações interestaduais de uso e ou consumo ou mesmo ativo permanente.

Porém, repita-se, ainda que a Fiscalização tivesse razão (pois é uma presunção), ainda assim a tese do lançamento não se socorreria no caso vertente, pois, o art. 55 do RICMS/02 conceitua contribuinte como sendo:

(...) qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte descrita como fato gerador do imposto.

Por sua vez, o mesmo RICMS/02, através do seu art. 2º, inciso II, conceitua como ocorrência do fato gerador:

II - a entrada, no estabelecimento de contribuinte, em decorrência e operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

É a própria legislação através dos dispositivos colacionados que intitula como “contribuinte” e como ocorrência do fato gerador, as situações constantes destes autos.

Por todo e exposto, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2015.

Antônio César Ribeiro
Conselheiro