

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.816/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000374663-20
Recurso de Revisão: 40.060141376-01, 40.060141258-08
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Intercement Brasil S.A.
IE: 493014206.00-14
Recorrida: Intercement Brasil S.A., Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Luiz Gustavo Rocha Oliveira Rocholi/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. Constatada a venda de mercadorias a não contribuintes do ICMS sem que fosse utilizada a alíquota interna devida de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e multa isolada. No tocante à exigência de Multa Isolada, o Fisco constatou, em cada operação, o descumprimento de duas obrigações acessórias, cujas penalidades estão capituladas no art. 54, inciso VI da citada lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, e no art. 55, inciso VII, alínea “c” da mesma lei c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional (CTN), majoradas pela reincidência prevista no art. 53, § 6º e 7º da citada lei. Diante da constatação de duas infrações conexas a mesma operação, o Fisco aplicou, para cada operação, a infração mais grave, em observância ao disposto no art. 211 do RICMS/02. A Câmara *a quo* excluiu as exigências anteriores a 03/12/10, com fulcro na decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN. Entretanto, reformada, em parte, a decisão anterior, para restabelecer as exigências fiscais.

Recurso de Revisão 40.060141258-08 conhecido e não provido à unanimidade. Recurso de Revisão 40.060141376-01 conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação refere-se à constatação de que a Recorrente/Autuada, no período de março a dezembro de 2010, promoveu venda de cimento para empresas “não contribuintes” do ICMS, localizadas em outro estado, utilizando-se, indevidamente, das alíquotas interestaduais de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), contrariando o disposto no art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 e no art. 42, § 12 do RICMS/02, vigentes à época dos fatos geradores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS (diferença apurada), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e multa isolada.

No tocante à exigência de Multa Isolada, o Fisco constatou o descumprimento de duas obrigações acessórias, quais sejam, utilização de alíquota incorreta, cuja penalidade está capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, e utilização de base de cálculo menor do que a prevista na legislação, cuja penalidade se encontra prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da mesma lei c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional - CTN.

Assim, diante da constatação de duas infrações conexas na mesma operação, o Fisco aplicou, para cada operação, a infração mais grave, em observância ao disposto no art. 211 do RICMS/02, conforme informado pelo Fisco às fls. 11 (Relatório Fiscal) e detalhado na planilha constante do Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 16/28).

A referida multa isolada foi majorada em 100% (cem por cento), em razão da reincidência constatada nos termos do art. 53, § § 6º e 7º da citada lei.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.188/16/2ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências anteriores a 03/12/10, nos termos do art. 150 § 4º do CTN. Vencidos, em parte, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Relator) e Hélio Victor Mendes Guimarães, que o julgavam procedente.

Inconformada, a Recorrente/Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 172/200, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

Também, mediante declaração na decisão, a 2ª Câmara de Julgamento interpõe, de ofício, Recurso de Revisão.

Em sessão realizada em 06/12/16, a Câmara Especial, em preliminar, converte o julgamento em diligência de fls. 205.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 207/208.

A Recorrente/Autuada manifesta-se às fls. 219/230.

A Fiscalização, novamente, se manifesta às fls. 232.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso 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, são cabíveis os Recursos de Revisão interpostos.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido, interposto pela Recorrente/Autuada, devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Registra-se, também, que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Ressalta-se que os fundamentos expostos, em parte, na decisão recorrida e no voto vencido do Conselheiro Marco Túlio da Silva foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações e acréscimos necessários.

A Recorrente/Autuada argui o cerceamento do direito de defesa, uma vez indeferida a produção de prova pericial pela Câmara *a quo*, por entender estritamente necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo e renova os quesitos formulados na peça de impugnação.

Entretanto, razão não lhe assiste, segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Recorrente/Autuada, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA:

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;

(...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, mantém-se o indeferimento do pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Portanto, não configurada a alegação de cerceamento do direito ao contraditório, pelo contrário, indubitável que a Recorrente/Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica nas peças de defesa apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Segue a análise dos demais questionamentos trazidos pela Recorrente/Autuada.

Cumprido destacar, inicialmente, que conforme relatado, a autuação refere-se à constatação de que a Recorrente/Autuada, no período de março a dezembro de 2010, promoveu venda de cimento para empresas “não contribuintes” do ICMS, localizadas em outro estado, utilizando-se, indevidamente, das alíquotas interestaduais de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), contrariando o disposto no art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 e no art. 42, § 12 do RICMS/02, vigentes à época dos fatos geradores.

Exigências de ICMS (diferença apurada), Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e multa isolada.

No tocante à exigência de Multa Isolada, o Fisco constatou o descumprimento de duas obrigações acessórias, quais sejam, utilização de alíquota incorreta, cuja penalidade está capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, e utilização de base de cálculo menor do que a prevista na legislação, cuja penalidade se encontra prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da mesma lei c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional - CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, diante da constatação de duas infrações conexas a mesma operação, o Fisco aplicou, para cada operação, a infração mais grave, em observância ao disposto no art. 211 do RICMS/02, conforme informado pelo Fisco às fls. 11 (Relatório Fiscal) e detalhado na planilha constante do Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 16/28).

A referida multa isolada foi majorada em 100% (cem por cento), em razão da reincidência constatada nos termos do art. 53, § § 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Para fins de apuração do ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento), o Fisco recompôs a base de cálculo, nos termos do art. 49 do RICMS/02, multiplicando a base de cálculo original, apresentada nas notas fiscais eletrônicas, pelo fator 0,93 (noventa e três centésimos), para os casos de alíquota interestadual de 7% (sete por cento), ou pelo fator 0,88 (oitenta e oito centésimos), para os casos de alíquota de 12% (doze por cento). Em seguida, dividiu o resultado obtido pelo fator 0,82 (oitenta e dois centésimos), conforme demonstrativo de fls. 11 dos autos.

O Demonstrativo do Crédito Tributário está anexado às fls. 15 dos autos (Anexo 1 do Auto de Infração).

A relação das notas fiscais de venda, emitidas a “não contribuintes” de ICMS, em que há, inclusive, a menção das empresas destinatárias das mercadorias, todas sediadas em outras unidades da Federação, está acostada às fls. 17/28 (Anexo 2 do Auto de Infração).

O voto condutor da decisão na Câmara *a quo* entendeu por decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 03/12/10, com base no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, entretanto, tal entendimento não deve perseverar.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do “*decisum*”. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

No mesmo sentido, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do período de 01/04/10 a 31/12/10 somente expirou em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Recorrente/Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 03/12/15.

A Recorrente/Autuada afirma que se encontra plenamente devido e regular o recolhimento realizado, uma vez que, para o cálculo do ICMS, em relação às operações que destinem mercadorias a consumidor final localizado em outro estado, deve-se adotar a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto.

Acrescenta que eventual imposto correspondente à diferença entre alíquota interna e interestadual caberá ao estado da localização do destinatário, sendo descabida a exigência fiscal.

No entanto, tal argumento não se aplica ao presente caso.

As consultas cadastrais da Receita Federal do Brasil - RFB relativas às empresas destinatárias foram acostadas às fls. 30/42 (Anexo 3 do Auto de Infração), demonstrando que as referidas empresas são "não contribuintes" localizadas em outros estados, tendo como atividade principal a construção civil, definida pelo art. 175 do Anexo IX do RICMS/02.

E nem mesmo com o resultado da diligência exarada por esta Câmara Especial, foram trazidas aos autos documentação hábil a comprovar que os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatários são contribuintes que exercem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

A regra legal 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).

Nesse contexto, a legislação mineira, por meio do art. 42, § 12 do RICMS/02, vigente à época dos fatos geradores, 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:

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.**

(...)

(Destacou-se).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do STJ acerca da 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. NAO 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. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AGRG N° AG 687.218/MA, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

Cumprando, também, a solução dada à Consulta de Contribuinte n° 213/05, assim como o Acórdão n° 17.903/08/2ª, dentre outras decisões deste Conselho, que corroboram todo o acima exposto:

Consulta de Contribuinte n° 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 N° 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. (Grifos acrescidos).

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.”

(GRIFOS ACRESCIDOS).

Ressalta-se que uma simples certidão do Fisco da UF da destinatária, que ateste que a empresa de construção civil se encontra inscrita no respectivo cadastro de contribuintes, não comprova sua condição de contribuinte do ICMS, ou seja, 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, *in 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Nesse sentido, considerando o pedido da Recorrente/Autuada de “posterior juntada de novos comprovantes de condição de contribuintes de ICMS das empresas localizadas em outros Estados”, a Assessoria do CC/MG decidiu exarar o despacho interlocutório de fls. 123/124, para que a Recorrente/Autuada, no prazo de 30 (trinta) dias, cumprisse o abaixo solicitado:

Anexar aos autos **documentação oficial** comprobatória, **de forma inequívoca**, da condição de contribuinte do ICMS de cada estabelecimento destinatário indicado na planilha “Relação de NFe e Demonstrativo do Cálculo de ICMS e Multas”, acostada às fls. 17/28, e os respectivos comprovantes de recolhimento do imposto, demonstrando que os referidos estabelecimentos realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Contudo, embora tenha solicitado prorrogação de prazo, por mais 30 (trinta dias), que foi deferida pela Delegacia Fiscal conforme fls. 128/129, a Recorrente/Autuada não mais se manifestou, portanto, não cumpriu o despacho interlocutório, permanecendo nos autos a falta de provas para elidir a acusação fiscal.

A Recorrente/Autuada argumenta em sua peça de defesa que não poderia, em hipótese alguma, vislumbrar a possibilidade de que a empresa localizada em outro estado se apresentaria como “não contribuinte” do ICMS, uma vez que não tem o poder de polícia para fiscalizar outro contribuinte.

Defende que “*em momento algum houve má-fé ou dolo em sua conduta*”.

O Fisco, por sua vez, em fase de manifestação fiscal, informa que a Recorrente/Autuada já foi diversas vezes orientada a mudar seu procedimento, com base nos fundamentos presentes nos autos, sendo, portanto, necessária a adoção de um controle e saneamento prévio de seus clientes, cuja prática está sendo adotada por outros contribuintes concorrentes da empresa.

Acrescenta que a Recorrente/Autuada insiste nas mesmas práticas, demonstrando uma postura de resistência à mudança de comportamento tributário/fiscal, haja vista que fora autuada em períodos anteriores, tendo como motivação as mesmas infringências aqui relatadas.

Cumprе complementar que a penalidade possui caráter objetivo e como tal, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou

ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito, atendendo a previsão constante do art. 136 do Código Tributário Nacional, que diz que “*salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*”.

A Recorrente/Autuada entende que a base de cálculo criada pelo Fisco está incorreta, ao incluir a alíquota de 18% (dezoito por cento) no preço líquido.

Afirma que, ao recolher o imposto na alíquota de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento) nas remessas para empresas localizadas em outro estado, não significa que tais percentuais estão embutidos no preço ajustado com os clientes.

Entretanto, de acordo com a legislação tributária, especialmente o art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75, o ICMS é um tributo que integra sua própria base de cálculo:

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15 - o montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

(...)

Não é outro o posicionamento da Lei Complementar nº 87/96, de onde a legislação estadual tira seu fundamento:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

(...)

Desse modo, a alegação de erro no cálculo do crédito tributário, em razão de ter sido embutido o imposto na apuração da base de cálculo, não merece prosperar, restando correto o cálculo realizado pelo Fisco às fls. 17/28.

No tocante às multas isoladas aplicadas, cumpre reiterar que, nas operações objeto de autuação, o Fisco constatou o descumprimento de duas obrigações acessórias.

Tendo em vista a utilização de alíquota incorreta, é aplicável a penalidade capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Já, em decorrência da recomposição da base de cálculo para incluir o imposto correto, constatou-se a utilização de base de cálculo menor do que a prevista na legislação, sendo também aplicável a penalidade prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da mesma lei c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- CTN, que prescreve a retroatividade da lei que comina penalidade menos severa do que a vigente à época da prática do ato, correspondente ao art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

Assim, diante da constatação de duas infrações conexas na mesma operação, o Fisco aplicou, para cada operação, a infração mais grave, em observância ao disposto no art. 211 do RICMS/02, conforme informação constante às fls. 11 (Relatório Fiscal) e cálculo detalhado apresentado na planilha do Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 16/28).

Diante da constatação de reincidência, o Fisco majorou a penalidade isolada exigida em 100% (cem por cento), em todo o período autuado.

Analisando os documentos comprobatórios da reincidência acostados aos autos pelo Fisco às fls. 44/49, e confirmada por pesquisa realizada por este Órgão (fls. 132/138), registra-se que as autuações que fundamentaram a citada majoração são as seguintes:

- PTA nº 04.002117917-79: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 - crédito tributário quitado em 29/07/08;

- PTA nº 04.002119839-11: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 - crédito tributário quitado em 14/08/08;

- PTA nº 04.002159727-94: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei - crédito tributário quitado em 11/11/09;

- PTA nº 04.002159844-23: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei - crédito tributário quitado em 12/11/09.

Verifica-se, então, que a majoração da referida penalidade na forma efetivada pelo Fisco se encontra em consonância com o disposto na Lei nº 6.763/75 - art. 53, § 6º e 7º, considerando que o período autuado é de março a dezembro de 2010.

Quanto às assertivas de inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas são desproporcionais revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Registra-se, ainda, que, no caso dos autos, a situação posta está clara e não remanescem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco à norma por ele invocada para sustentar o lançamento, não havendo que se falar em aplicação do art. 112 do CTN.

Dessa forma, observa-se que as infrações cometidas pela Recorrente/Autuada restaram devidamente comprovadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060141258-08 - Intercement Brasil S.A., à unanimidade, em lhe negar provimento. Quanto ao Recurso nº 40.060141376-01 - 2ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, em lhe dar provimento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que lhe negava provimento, nos termos do acórdão recorrido. Pela Recorrente Intercement Brasil S.A., sustentou oralmente o Dr. Bruno Paiva Cruz e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 09 de junho de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator