

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	5.029/18/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000464454-70	
Recurso de Revisão:	40.060145399-80	
Recorrente:	Stratura Asfaltos S.A. IE: 067173885.00-55	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Proc. S. Passivo:	Lidiane Leles Parreira Costa/Outro(s)	
Origem:	DF/Betim	

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a saída de mercadorias para empresas de construção civil localizadas em outras unidades da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, no art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75 e no art. 42, § 12 do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI e § 4º do mesmo diploma legal. Crédito Tributário reformulado pelo Fisco para fazer incidir a majoração da penalidade isolada por reincidência em todo o período autuado. Entretanto, devem ser excluídas as majorações da Multa Isolada decorrentes da aplicação do art. 53, §§ 6º e 7º (reincidência) e art. 54, § 4º (limite mínimo), ambos da Lei nº 6.763/75, tendo em vista a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, alíneas “a” e “c”, respectivamente, do CTN. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido no período de maio de 2014 a outubro de 2015, em decorrência da realização de saídas interestaduais de mercadorias (cimento asfáltico, emulsão asfáltica, *betudope master*) para empresas atuantes no segmento de construção civil e prestação de serviços de concretagem, em regra, classificáveis como não contribuintes do imposto, com utilização indevida de alíquota aplicável à operação interestadual entre contribuintes.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 54, inciso VI e § 4º, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última combinada com o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02 e majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.766/17/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 295/300 e, também, para excluir: 1) a aplicação do limitador da Multa Isolada do § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, referente à utilização incorreta da alíquota incidente na operação, tendo em vista a alteração promovida pela Lei nº 22.549/17 e, com fulcro na retroatividade benigna prevista na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, considerar, para efeito de exigência, os valores constantes da coluna "K" "M. Isol. (art. 54, VI)”, planilha de fls. 297; e 2) ainda pela retroatividade benigna, mas com fulcro na alínea “a” do inciso II do art. 106 do CTN, a majoração da penalidade isolada por reincidência, tendo em vista a revogação dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75 pelo art. 79, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 22.549/17. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e Erick de Paula Carmo, que o julgavam parcialmente procedente para excluir, também, as exigências nos casos em que tenham sido apresentados "Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS". Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Abner Barroco Vellasco Austin e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 438/472, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

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, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Analisando-se o mérito do presente Recurso de Revisão e considerando-se que os fundamentos utilizados pela 3ª Câmara de Julgamento foram também adotados na presente decisão, ficam ratificados, na íntegra, os termos constantes do Acórdão nº 22.766/17/3ª.

Ressalte-se que quanto às alegações de incongruência da legislação, ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pelo Recurso, cumpre registrar que não cabe 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 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à alegada duplicidade cabe destacar que a substituição tributária prevista no Convênio ICMS nº 74/94 (do qual Minas Gerais é signatário) só se aplica às saídas destinadas a contribuinte do imposto, o que não é o caso das construtoras destinatárias das notas fiscais ora autuadas, como já demonstrado na decisão recorrida. Assim, sem fundamento o argumento apresentado.

Acrescente-se que em relação ao debate da alíquota interestadual em casos nos quais as destinatárias são empresas de construção civil, estabelece o art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 a aplicação da alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto.

A Constituição Federal estabelece, também, que as regras gerais em matéria tributária, inclusive a definição de contribuinte, constarão de lei complementar. Nesta linha, verifica-se a norma contida no art. 146 da Constituição Federal de 1988.

Cumprindo a determinação constitucional, a Lei Complementar n.º 87/96, ao disciplinar o ICMS, define como contribuinte do imposto qualquer pessoa que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria. Veja-se:

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.

Já a Lei Estadual n.º 6.763/75 traz também a especificação de que a condição de contribuinte independe de estar a pessoa inscrita como tal, a saber:

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.

Em Minas Gerais, determina o art. 42, § 12 do RICMS/02, como requisito para aplicação da alíquota interestadual nas operações destinadas a empresas de construção civil, que o remetente comprove, de forma inequívoca, que as destinatárias praticam com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, não bastando a mera inscrição no cadastro de contribuintes daquele estado, *in verbis*:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 legislação mineira, portanto, exige no caso de empresas de construção civil, que o remetente comprove, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O § 1º do art. 14 da Lei n.º 6.763/75, não deixa dúvidas de que, para Minas Gerais, a condição de contribuinte não está vinculada ao procedimento formal de constituição e registro da empresa junto ao cadastro de contribuintes, mas sim a um critério material, qual seja, praticar operações ou prestações definidas como fato gerador do imposto com habitualidade ou volume que caracterize intuito comercial.

Neste sentido, conforme demonstrado na decisão recorrida, os documentos denominados "Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS" não comprovam que os destinatários realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme exigido pela legislação.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em lhe negar provimento. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Marcelo Nogueira de Moraes, que lhe davam provimento, nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Marco Túlio da Silva. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Abner Barroco Vellasco Austin e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participou do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor).

Sala das Sessões, 23 de março de 2018.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator designado**

P