

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.485/09/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000160511-12
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recurso de Revisão: 40.060125294-56
Recorrida: Arcelormittal Brasil S.A.
IE: 367094007.03-33
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatado que a Autuada deixou de utilizar a alíquota interna em operações destinadas a não contribuinte do imposto (empresa de construção civil), localizado em outra Unidade da Federação, em desacordo com o disposto no art. 42, II, “a.1” e § 12 do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS e Multa de revalidação, nos termos do art. 56, II da Lei nº 6.763/75. Infração plenamente caracterizada. Reformada a decisão anterior. Recurso de Revisão conhecido por unanimidade e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a realização de venda interestadual de mercadorias com aplicação indevida da alíquota de 7% (sete por cento), uma vez que a destinatária é empresa de construção civil.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.394/09/2ª, pelo voto de qualidade, excluiu integralmente as exigências fiscais de ICMS e MR.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, por intermédio de seu procurador o Recurso de Revisão de fls. 165/168, contra o qual a Recorrida se manifesta às fls. 171/177.

DECISÃO

Constatada a condição de admissibilidade capitulada no art. 163, I, §§ 2º e 3º do RPTA/MG, 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, interposto pela Fazenda Pública Estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre diversas operações de venda de produtos para a empresa de construção civil “Mendes Junior Trading e Engenharia”, situada em Maceió (AL), utilizando-se indevidamente, nas notas fiscais que acobertaram as referidas operações, de alíquota interestadual, fato que motivou um recolhimento a menor do ICMS, nos exercícios de 2006 e de 2008.

Exige-se, portanto, ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, § 2º, inciso VII, determina que, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final localizado em outro Estado, deverá ser adotada a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

A alíquota interestadual deve ser aplicada quando o destinatário for contribuinte do ICMS, cabendo, neste caso, ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Tal entendimento encontra-se consubstanciado no Regulamento do ICMS:

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;

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

a - as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1 - quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

No caso em tela (operações de mercadorias destinadas a empresa de construção civil), a legislação estabelece como regra geral o destaque do ICMS à alíquota interna nas operações que têm como destinatária empresa de construção civil estabelecida em outra Unidade da Federação, cabendo aplicação de alíquota interestadual se comprovado que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Art. 42 -

(...)

§ 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações relativas à circulação de mercadorias
sujeitas ao ICMS. (Grifado)

Note-se que não basta a inscrição estadual da destinatária para que a operação seja realizada com a alíquota interestadual, é preciso que se comprove que a empresa de construção civil, em regra não contribuinte do imposto, pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS.

Por conseguinte, é improcedente a alegação da Autuada de que ela possui inscrição estadual e status de contribuinte, conforme consulta básica ao Cadastro Público do SINTEGRA, pois no que se refere às empresas de construção civil, o simples fato de possuírem inscrição no cadastro de contribuintes não irá qualificá-las como contribuintes do ICMS em nenhuma hipótese.

A inscrição estadual é simples formalidade e tem o objetivo principal de facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade das empresas de construção civil.

Neste sentido, aliás, deve ser compreendida a assertiva de que o próprio Estado de Minas Gerais admite a possibilidade de as empresas de construção civil serem enquadradas como contribuintes do ICMS nos seus respectivos Estados, pois trata-se de condição formalmente indispensável à movimentação de máquinas e equipamentos etc.

É assim que orienta a Consulta de Contribuintes nº. 213/2005:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº. 213/2005

(MG DE 28/10/2005)

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (GRIFO NOSSO)

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 A DIFERENÇA ENTRE A ALIQUOTA INTERNA E A ALIQUOTA INTERESTADUAL, E A MULTA DE REVALIDAÇÃO DE 50% DO VALOR DESTA DIFERENÇA APURADA.

DOET/SUTRI/SEF, 27 DE OUTUBRO DE 2005.

Com referência aos Convênios de ICMS, bem como à orientação da DOET/SUTRI nº. 02/05 e aos documentos apensados às fls. 115, 116, 118 e 119, é importante salientar que para a empresa de construção civil ser considerada contribuinte do ICMS, é necessário que ela realize com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto.

O requisito “habitualidade” de operações sujeitas ao ICMS só será reconhecido se a empresa destinatária fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando a sua condição de contribuinte do imposto. E essa prova não existe nos autos.

Quanto aos documentos anexados pela Recorrida às fls. 101 e 102, ou seja, a Consulta de Contribuinte nº. 051/99, de 19/04/99, é preciso alertar que a data da resposta à consulta é bem anterior aos efeitos do disposto no § 12 do art. 42 do RICMS. O § 12 do art. 42 do RICMS teve efeitos a partir de 1º/01/05, acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Decreto nº. 43.923, de 02/12/04, e a resposta à Consulta é de 1999.

Dessa forma, os documentos anexados aos autos não configuram provas da habitualidade das operações e a condição de contribuinte de ICMS da empresa Mendes Junior Trading e Engenharia S.A., pelas seguintes razões:

1. às fls. 115 foi anexada cópia do pedido da AIDF de nº. 001.08.03818-8, que nada comprova, pois a empresa de construção civil necessita de talões para movimentações de máquinas, equipamentos etc;

2. às fls. 116 foi apensada cópia do cartão de inscrição da construtora, documento obrigatório, aliás, para todas as empresas inscritas, mas que não comprova a habitualidade das operações e, por consequência, a condição de contribuinte;

3. às fls. 118 consta cópia da nota fiscal de nº. 000563, de 05/08/08, demonstrando somente uma única venda de formas metálicas com destaque de ICMS,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fato que também não comprova a existência de habitualidade nas operações relativas ao imposto;

4. às fls. 119 a Recorrida apensou a cópia de um documento de arrecadação, em nome da Mendes Junior Trading e Engenharia S.A., acusando o recolhimento de diferencial de alíquota de notas fiscais não relacionadas ao PTA em análise. Tal documento também é frágil para demonstrar a condição de contribuinte e a habitualidade.

É importante alertar que sobre o assunto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificou o entendimento de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam.

São duas as decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 919.769 - DF (2007/0014615-2)

(...)

1 - AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELES PRATIQUEM ATOS DE MERCÂNCIA 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.

(...)

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 914.831 - MG (2007/0002155-4)

(...)

"AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL -

TRIBUTÁRIO - ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - PRECEDENTES.

SE AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, IMPOSTO ESTADUAL INCIDENTE SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, CONCEITO QUE NÃO SE AJUSTA AOS INSUMOS UTILIZADOS PARA A CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS E OUTROS, OS MATERIAIS ADQUIRIDOS COM ESSA FINALIDADE DEVEM COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO ISS. PRECEDENTE: RESP 256.210/MG, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 25.9.2000.

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO". AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. PRESCRIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº167/STJ.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4. 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.

5. 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).

Ante o exposto, são legítimas as exigências fiscais, devendo-se reformar a decisão para restabelecer as exigências fiscais em questão.

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 dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura, Antônio César Ribeiro (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão que lhe negavam provimento nos termos do acórdão recorrido às fls. 155/157. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Henrique Napoleão Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 25 de setembro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator