

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.394/09/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000160511-12
Impugnação: 40.010124647-08
Impugnante: 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. Imputação fiscal de vendas de mercadorias a empresa de construção civil, localizada em outra Unidade da Federação, com utilização indevida da alíquota interestadual. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II, da Lei 6763/75. Entretanto, a Impugnante comprova que a destinatária, localizada em outra Unidade da Federação, é contribuinte do ICMS e está devidamente inscrita no cadastro de contribuinte de seu Estado, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão 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 artigo 56, inciso II, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52 a 64, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 146 a 150.

DECISÃO

Da Preliminar

Alega a Impugnante à nulidade do AI por ter a Fiscalização, agido por presunção, sem especificar o motivo que validasse o ato administrativo do lançamento.

No entanto, de uma análise pormenorizada dos elementos constantes do Auto de Infração, pode-se verificar que não existe, no presente trabalho fiscal, qualquer deficiência que provoque a sua nulidade, uma vez que o mesmo atendeu a todos os requisitos legais previstos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos da penalidade está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no artigo 142, do CTN e no artigo 89, do RPTA/MG, foram observados, não tendo, por conseguinte, procedência a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

A imputação fiscal tem como fundamento a obrigação de consignar na nota fiscal a alíquota interna nos casos em que o destinatário da mercadoria não é contribuinte.

Mister se faz, para a solução da ocorrência, que se defina se o destinatário da mercadoria, Mendes Júnior Trading e Engenharia, que se dedica à construção civil, é ou não contribuinte, já que o diploma legal prescreve a alíquota externa, por exceção, nas operações interestaduais cujo destinatário seja contribuinte, conforme, disciplina o RICMS/2002:

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. (g.n.)

Depreende-se, da norma supra, que o remetente deve comprovar, claramente, que o destinatário é contribuinte, ou seja, exerce operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Para tanto, a Autuada trouxe aos autos um pedido de AIDF (fl. 115), a ficha de inscrição da destinatária no Cadastro de Contribuintes de ICMS (fl. 116), uma nota fiscal de venda de número 000563, com destaque do imposto (fl. 118), e, ainda, um documento de arrecadação do Estado de Alagoas referente ao diferencial de alíquota relativo a diversas notas fiscais (fl. 119).

Da análise das provas apresentadas, constata-se que a Autuada logrou êxito em demonstrar a condição de contribuinte do ICMS pelo destinatário das mercadorias.

Ora, se superada a questão fulminante da condição de contribuinte do destinatário das mercadorias, resta aplicar a norma à conduta da Autuada, o que referenda o imposto discriminado nas notas fiscais em análise.

Destarte, afastada a infração apontada, mostram-se ilegítimas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Raimundo Francisco da Silva, que o julgavam procedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Wenceslau Teixeira Madeira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 14 de julho de 2009.

**André Barros de Moura
Presidente/Relator**

ABM/EJ

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.394/09/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000160511-12
Impugnação: 40.010124647-08
Impugnante: ArcelorMittal Brasil S.A.
IE: 367094007.03-33
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

Voto proferido pelo Conselheiro Danilo Vilela Prado, 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, e são baseados em argumentos da própria manifestação fiscal, com pequenas alterações.

A Fazenda Pública está exigindo o recolhimento a menor do ICMS nas 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, nos exercícios de 2006 e de 2008.

Sobre o assunto, o § 12, do artigo 42, do RICMS/2002, Decreto estadual nº. 43080, de 13 de dezembro de 2002, determina:

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. (grifo nosso)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 ser 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:

(...)

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 ALÍQUOTA INTERNA E A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ALÍQUOTA 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. 02/2005 e aos documentos apensados às pág. 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 impugnante 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, Dec. estadual 43080/02. 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. 43923, de 02/12/04, e a resposta à Consulta é de 1999.

Dessa forma, os documentos anexados ao PTA 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 a 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 a 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 conseqüência, a condição de contribuinte;
3. às fls. 118 consta a cópia da nota fiscal de nº. 000563, de 05.08.2008, demonstrando somente uma única venda de formas metálicas com destaque de ICMS, fato que também não comprova a existência de habitualidade nas operações relativas ao imposto;
4. às fls. 119, a Impugnante 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.

(...)

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MATERIAIS, PEÇAS, ETC.) NÃO DEVEM SER TIPIFICADOS COMO MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTOS ESTADUAIS” (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, pois a Impugnante não fez a prova de suas alegações.

Sala das Sessões, 14 de julho de 2009.

**Danilo Vilela Prado
Conselheiro**

CC/MG