

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.591/10/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162109-20
Recurso de Revisão: 40.060127313-10, 40.060127577-18
Recorrente: SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda
IE: 367371668.00-29
Fazenda Pública Estadual
Recorrida: SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda
IE: 367371668.00-29
Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Francisco Prudente de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS APROVEITAMENTO INDEVIDO – RESOLUÇÃO nº 3.166/01. Imputação de apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga ao Estado de origem, decorrente de benefício fiscal concedido unilateralmente, ao desamparo de convênio interestadual e em desacordo com a regra estabelecida no § 1º do art. 62 do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, XXVI da Lei nº 6.763/75. Exclusão da parcela relativa às aquisições em que se comprovou a não utilização do benefício fiscal na origem. Mantida a decisão anterior.

ALÍQUOTA DO ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - REMESSA À CONSUMIDOR FINAL. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessa de mercadorias para não contribuintes do imposto (empresas de construção civil). Exigências de ICMS e de Multa de Revalidação prevista no art. 56, II da Lei nº 6763/75. Reformulação do crédito tributário pelo Fisco. Exclusão das exigências até 31/12/04 e das remessas em que se comprovou a realização de comercialização de mercadorias pelo destinatário. Mantida a decisão anterior.

Recursos conhecidos por unanimidade. No mérito, pelo voto de qualidade, negado provimento ao Recurso nº 40.060127313-10 (Autuada) e, por maioria de votos, negado provimento ao Recurso nº 40.060127577-18 (FPE).

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de imposto no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, em decorrência de:

a) aproveitamento de crédito de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem;

b) vendas para empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com a legislação tributária vigente.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 672/685, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 748/761.

O crédito tributário foi reformulado pelo Fisco para exclusão das exigências relativas à Nota Fiscal nº 064139 (fls. 734/735), tendo sido reaberto à Contribuinte o prazo de 10 (dez) dias.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 764/774, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Apreciando o lançamento, a 3ª Câmara, em decisão consubstanciada no Acórdão n.º 19473/10/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 733/744, excluindo-se, ainda, as exigências: a) de estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio; b) relativas às remessas para empresas de construção civil até 31/12/04; c) inerentes às remessas para LOK ANDAIMES- Locação de Equipamentos Industriais Ltda. Vencidos, em parte, o Conselheiro René de Oliveira e Souza Júnior (Relator) que não excluía as exigências vinculadas à Companhia Brasileira de Alumínio e, o Conselheiro Vander Francisco Costa (Revisor) que as excluía somente até o exercício de 2007. Vencido, também, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia que julgava improcedente as exigências inerentes às remessas de mercadorias para empresas de construção civil, no tocante às destinatárias que apresentaram declaração do Fisco de destino, dando conta da condição de contribuinte.

Inconformada, a Recorrente/Atuada interpõe, tempestivamente, e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 794/811, em síntese, alega que a exigência fiscal referente ao estorno dos créditos de ICMS destacados por empresas situadas em outras Unidades da Federação que concediam benefícios tributários em desacordo com a legislação foi feita tendo por base a localização e atividade dos remetentes, deixando de observar que, na maior parte dos casos, o dito benefício é opcional e pode ocorrer do remetente, mesmo estando localizado no Estado concedente e estar enquadrado na atividade beneficiada, não ser optante pelo regime simplificado.

Afirma, ainda, com relação às exigências referentes às vendas para empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com a legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária vigente, que todos os destinatários situados nos outros Estados apresentaram atestado devidamente assinado pelo Fisco local, conforme modelo aprovado pelo Convênio ICMS nº 137/02, comprovando a condição de contribuintes do imposto ora exigido.

Ao final, requer seja admitido e provido o recurso para que sejam excluídas as exigências mantidas.

Também inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 816/824, afirmando, em síntese, que a documentação apresentada pela Companhia Brasileira de Alumínio para demonstrar a não utilização de qualquer benefício concedido pelo Estado do Rio de Janeiro, por consubstanciar-se em meras cópias reprográficas sem nenhuma assinatura, não representa a prova incontestável que o relator do acórdão vergastado entende necessária para confirmar a não fruição do referido benefício fiscal concedido na origem.

Sustenta, ainda, que as empresas de construção civil, exceto quando exista prova robusta de que comercializam os produtos adquiridos, não podem ser consideradas tecnicamente contribuintes do imposto, devendo, por isso, ser aplicada, nas respectivas operações de compra e venda, sempre e necessariamente, a alíquota interna.

Em sede de conclusão, informa que as notas fiscais apresentadas pela empresa Lok Andaimes não demonstram a habitualidade exigida pela legislação para comprovação de ser contribuinte do imposto e pugna, ao final, pela admissão e provimento do seu recurso para reformar o acórdão hostilizado, mantendo-se, na íntegra, a autuação fiscal.

A Recorrida/Autuada apresenta suas contrarrazões às fls. 827/839, resumidamente, reiterando os argumentos aduzidos em sua peça recursal e pedindo a reforma da decisão com relação ao mérito, apenas no tocante às exigências mantidas.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento dos presentes recursos nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - quando a decisão da Câmara de Julgamento resultar de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente;

(...)

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

(...)

Pela leitura e análise do texto acima transcrito em confronto com a decisão consubstanciada no Acórdão 19.473/10/3ª, ora recorrida, verifica-se serem cabíveis os presentes recursos, uma vez que a decisão foi tomada pelo voto de qualidade, adequando-se, perfeitamente, aos ditames do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Ressalte-se ainda que a decisão não se enquadra em nenhuma das vedações constantes do § 1º do citado art. 163, pois não trata de questão preliminar ou de concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal.

Diante disso, encontra-se atendida a condição prevista no inciso I do art. 163 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, devendo ser conhecidos os presentes Recursos de Revisão por configurados seus pressupostos de admissibilidade.

Destaque-se também que, como os recursos tratam de toda a matéria abordada na decisão recorrida, deve ser feito o exame de todas as questões abordadas.

Do Mérito

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se parte daquela decisão, conforme a seguir.

Consoante relato acima versa a autuação sobre recolhimento a menor de imposto no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008 em decorrência da prática das seguintes irregularidades:

1) aproveitamento de créditos de ICMS, destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, explicitados na Resolução n.º 3166/01, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem;

2) constatação de que o contribuinte efetuou vendas para empresas de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se indevidamente de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, ao arrepio da legislação tributária vigente.

O Fisco elaborou o Relatório Fiscal-Contábil contendo o detalhamento das irregularidades apuradas e respectiva capitulação das infringências e penalidades e, o demonstrativo do crédito tributário por exercício e período (fls. 736/740).

O trabalho fiscal contém, ainda, o Demonstrativo da Recomposição da Conta Gráfica (fls. 10/13); o Demonstrativo do Estorno de Crédito da Resolução nº 3.166/01 (fls. 18/30; 76/86; 123/139; 228/242 e 406/415) e o Demonstrativo da Aplicação Incorreta da Alíquota Interestadual.

Aproveitamento Indevido de Crédito de ICMS – Estorno de Crédito da Resolução nº 3.166/01.

Verifica-se por meio do relatório de recomposição da conta gráfica, a ocorrência do aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à compensação integral de imposto destacados em notas fiscais de operações interestaduais, cujos remetentes das mercadorias são beneficiários de incentivos fiscais, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, contrariando o disposto no art. 1º da Resolução SEF/MG nº 3.166/01.

Figuram como emitentes das notas fiscais objeto do estorno as empresas: a) Companhia Brasileira de Alumínio, CNPJ 61.409892/0062-95, estabelecida no Rio de Janeiro, b) Diaço Distribuidora de Aço Ltda. CNPJ 28.168102/0001-30, estabelecida no Espírito Santo e, c) Wurth do Brasil Peças de Fixação Ltda. CNPJ 43.648971/0019-84, estabelecida em Brasília.

Analisando cada situação no contexto da Resolução, tem-se que:

a) Companhia Brasileira de Alumínio, CNPJ 61.409892/0062-95, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, cujas operações se enquadram no subitem 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (mercadorias em geral), e alcança as “NF emitidas por atacadistas e centrais de distribuição emitidas a partir de 30/09/03” (fls.16).

Atente-se para o fato de a Resolução contemplar as “notas fiscais emitidas por atacadistas ou centro de distribuição”. Significa dizer que o estorno não alcança as notas fiscais de “venda de produção do estabelecimento”, referente a operações classificadas, por exemplo, no Código Fiscal de Prestações e Operações – CFOP 6.101.

É de se notar que a auditoria nos documentos fiscais é realizada a partir da classificação fiscal da operação, ou seja, relevante para se determinar o enquadramento da operação, nos termos da Resolução, é a identificação do CFOP.

Nesse sentido, da análise das notas fiscais (fls. 87/95), verifica-se que as operações correspondentes estão classificadas pelo remetente no CFOP 6.102 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Portanto, se trata de operação para a qual a Resolução determina o estorno do crédito presumido concedido de 1,5% (um e meio por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) Diaço Distribuidora de Aço Ltda., CNPJ 28.168102/0001-30, estabelecida no Espírito Santo, cujas operações se enquadram no subitem 1.22 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (Estabelecimento Atacadista), e alcança, portanto, as “NF de Estabelecimento Atacadistas emitidas a partir de 01/08/03”.

No que tange à auditoria destes documentos fiscais, se aplica o mesmo raciocínio desenvolvido para a situação anterior. Quer dizer, o critério de enquadramento ou não na dita resolução está vinculado à classificação fiscal (CFOP) da operação utilizado pelo remetente da mercadoria.

Exemplificando, a partir da análise das notas fiscais de fls. 99/102, se constata que as operações encontram-se classificadas pelo remetente no CFOP 6.123 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização”. Portanto, se trata de operação para a qual a Resolução impõe o estorno do crédito presumido concedido de 11% (onze por cento).

c) Wurth do Brasil Peças de Fixação Ltda., CNPJ 43.648971/0019-84, estabelecida em Brasília – DF, cujas operações se enquadram no subitem 5.15 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (Atacadista ou distribuidor de outras mercadorias não relacionadas nos subitens 5.1 a 5.14), e alcança as “NF emitidas a partir de 23/06/99”.

Neste caso, também é válido o raciocínio desenvolvido nas situações anteriores. Assim, pode-se afirmar que o critério para enquadramento na resolução, também está vinculado ao CFOP da operação.

A partir da análise das notas fiscais de fls. 156, se constata que as operações encontram-se classificadas pelo remetente no CFOP 6.102 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Portanto, se trata de operação para a qual a resolução estabelece o estorno do crédito presumido concedido de 9,5% (nove e meio por cento).

Logo, não há dúvida sob o enquadramento das operações de entradas envolvendo as operações, na Resolução nº 3.166/01, o que justifica, em tese, o estorno dos créditos em questão.

A exigência do estorno do ICMS aproveitado da parcela não cobrada na origem, não se fundamenta exclusivamente na Resolução nº 3.166/01, mas em disposições inseridas na legislação, e, sobretudo, na Constituição Federal/88, que determina através do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, que a lei complementar disporá sobre a forma como Estados e Distrito Federal concederão isenções, benefícios e incentivos fiscais.

Assim, a concessão de benefícios fiscais por um Estado, sem a celebração de convênio ratificado pelas demais Unidades da Federação, infringe normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo este ato e sem efeito o crédito fiscal do estabelecimento adquirente das mercadorias, conforme determinação contida na Lei Complementar nº. 24/75.

Na legislação tributária mineira, tal princípio está inserido no art. 28, § 5º da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrito:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEI 6763/75

Art. 28 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.

De se destacar que a legislação tributária mineira, especificamente no § 1º do art. 62 do RICMS/02, considera não cobrada a parcela do imposto beneficiada com incentivos fiscais concedidos indevidamente, dispondo o seguinte:

RICMS/02

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

E ordena estornar valor de imposto destacado e não cobrado na origem:

RICMS/02

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento.

Com isto, tais disposições são juridicamente suficientes para fundamentar o estorno de crédito por concessão de benefício à revelia do CONFAZ, aplicando-se a todo o período fiscalizado.

A publicação da Resolução nº 3.166/01 fez-se necessária, como é citado no seu texto, para esclarecer o contribuinte mineiro e orientar a fiscalização quanto às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações realizadas ao abrigo de atos normativos, concessivos de benefícios fiscais, que não observaram a legislação de regência do tributo ao serem emanados.

Depreende-se, assim, que os estornos dos créditos efetuados pelo Fisco não ofendem o princípio da não cumulatividade do imposto. Ao contrário, foram efetuados com a estrita observância do mesmo.

Corroborando o trabalho fiscal, cumpre ressaltar a decisão do STF sobre o assunto, no julgamento da ADI nº 2548 de novembro de 2006, cuja ementa encontra-se às fls. 752.

Os benefícios fiscais que resultaram no estorno do ICMS, objeto desta ação fiscal, foram concedidos aos contribuintes dos Estados de origem com base nos atos normativos trazidos pelo Fisco (fls. 753/755), sendo: RICMS do Estado do Espírito Santo, Decreto nº 20.322/99 e a Portaria nº 293/99 do Distrito Federal, e na Lei nº 4.173/03 do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, havendo a possibilidade de fruição de benefício irregularmente concedido pelos Estados envolvidos, bem como pelo Distrito Federal, somente uma prova incontestável de não utilização dos benefícios levaria à admissão do crédito pelas aquisições das mercadorias.

Em relação às remessas originárias de Brasília/DF e Espírito Santo, nenhuma informação adicional foi carreada aos autos pela Recorrente/Autuada.

Entretanto, em relação às remessa oriundas da Companhia Brasileira de Alumínio, a Autuada juntou aos autos documentos (fls. 690/695), em que a empresa informa à Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro a não fruição de qualquer benefício fiscal, bem como declaração prestada pela mesma Contribuinte que não utilizou do citado benefício no período que menciona.

Isoladamente, a declaração firmada pela empresa carece de maior robustez. Entretanto, com a criação pelo Estado do Rio de Janeiro de documentos oficiais que devem ser entregues àquele Estado com informações sobre a utilização ou não dos benefícios fiscais vinculados aos contribuintes, verifica-se um reforço ao evento declarado.

Assim, considerando que a empresa Companhia Brasileira de Alumínio declarou à Autuada/Recorrente e ao Fisco mineiro que não se utilizou de benefícios fiscais no período fiscalizado, bem como encaminhou à Secretaria de Fazenda do Rio de Janeiro a mesma informação, em documento oficial, não cabe a contestação ao crédito do ICMS, que se mostra legítimo.

Desta forma, se constatado em momento futuro a fraude documental, deve o Estado de Minas Gerais ajuizar ação penal contra os envolvidos, de forma a neutralizar a emissão fraudulenta de declarações e documentos públicos.

Alíquota Incorreta – Aplicação da Alíquota Interestadual.

Trata-se o presente item de utilização indevida de alíquota interestadual para as operações destinadas a não contribuintes, em especial empresas de construção civil, uma vez que tais estabelecimentos não atuam, em regra, como contribuintes do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em que pese os fundamentos aduzidos na decisão vencedora, o entendimento deste Conselheiro que foi vencido, ora relator designado, é no sentido de restabelecer as exigências relativas às mercadorias destinadas às empresas de construção civil, inclusive aquelas destinadas à Lok Andaimes pelos motivos abaixo expostos, em síntese, que se encontram detalhados no voto vencido referente ao Acórdão nº 3.529/10/CE.

Na atividade de construção civil a regra de tributação é a incidência do ISS, em face da disposição expressa do item 32 da lista anexa ao Decreto Lei nº 406/68, com a redação da Lei Complementar nº 56/87 e, atualmente, pelas disposições da Lei Complementar nº 116/03.

A partir de 01/08/03, período que compreende aquele onde ocorreram os fatos geradores da exigência fiscal, a matéria encontra-se disciplinada pela Lei Complementar nº 116/03 que “dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências”.

Em relação à construção civil, prevalece a incidência do ICMS para a hipótese de fornecimento de mercadoria produzida fora do local da obra, assim, as empresas de construção civil só serão contribuintes quando produzirem mercadorias fora da obra, ou seja, praticarem operações de circulação de mercadorias.

Na hipótese dos autos, não se comprovou a condição de contribuinte das empresas destinatárias, ou seja, que realizam habitualmente operações com circulação de mercadorias, mas tão somente que eram inscritas como contribuintes, que isoladamente não comprova a condição de contribuinte.

Neste sentido, o Estado de Minas Gerais tem capacidade ativa para tributar as operações pela alíquota interna, por força expressa de disposição constitucional, art. 155, § 2º, inciso VII, Lei Complementar nº 87/96, art. 4º e Lei nº 6763/75, art. 14.

Há a destacar-se que as notas fiscais apresentadas pela empresa Lok Andaimes, com intuito de comprovar a qualidade de contribuinte desta, não têm o condão de demonstrar a habitualidade exigida pela legislação para comprovação de ser contribuinte do imposto.

Todavia, como não foram providos os recursos interpostos, restou mantida a decisão recorrida conforme acórdão de nº 19.473/10/3ª, nos seguintes termos:

DE INÍCIO CABE DESTACAR QUE DEVEM SER EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS (ALÍQUOTA INTERESTADUAL PARA ALÍQUOTA INTERNA) RELATIVAS ÀS NOTAS FISCAIS EMITIDAS NO EXERCÍCIO DE 2004, ENQUANTO VIGORAVA NA LEGISLAÇÃO MINEIRA AS NORMAS DO CONVÊNIO ICMS Nº 71/89.

CONSIDERANDO-SE QUE O ESTADO DE MINAS GERAIS DENUNCIOU O CONVÊNIO ICMS Nº 71/89 COM VIGÊNCIA A PARTIR DE 1º/01/05, INTRODUZINDO NO RICMS/02 O § 12 DO ART. 42, CONSTATA-SE TOTAL INCOERÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO, COM A VÊNIA DEVIDA, DE EXIGIR, NO PERÍODO ANTERIOR À

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DENÚNCIA, O MESMO PROCEDIMENTO EXIGIDO DOS CONTRIBUINTES A PARTIR DA DENÚNCIA.

FICA CLARO TAL ENTENDIMENTO QUANDO SE CONSTATA QUE NO PERÍODO ANTERIOR À DENÚNCIA, O FISCO PROMOVEU VÁRIOS LANÇAMENTOS EXIGINDO DAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL ESTABELECIDAS NO NOSSO ESTADO O “DIFERENCIAL” ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL E TODOS ESSES TRABALHOS, SEM EXCEÇÃO, FORAM APROVADOS NESTE CC/MG.

LOGICAMENTE QUE TAL EXIGÊNCIA CONTINHA O PRESSUPOSTO DE SE CONSIDERAR AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL COMO CONTRIBUINTES DO ICMS.

PORTANTO, O FISCO NÃO PODE QUERER ATUAR NAS DUAS FRENTES, OU SEJA, EXIGINDO O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NA ENTRADA DE BENS ORIUNDOS DE OUTROS ESTADOS E EXIGINDO A ALÍQUOTA CHEIA (18%) AO MESMO TEMPO NAS SAÍDAS INTERESTADUAIS.

RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS A PARTIR DE 1º/01/05, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO § 12 DO ART. 42 DA PARTE GERAL DO RICMS/02, A UTILIZAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL PARA AS SAÍDAS DESTINADAS ÀS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL DEPENDERIA DA COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA, PELO REMETENTE, QUE A DESTINATÁRIA REALIZA HABITUALMENTE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, O QUE EFETIVAMENTE NÃO FOI FEITO PELA AUTUADA/RECORRENTE.

HÁ QUE SE PONDERAR QUE A INSCRIÇÃO É UMA FORMALIDADE, TENDO COMO OBJETIVO, PRINCIPALMENTE, FACILITAR A MOVIMENTAÇÃO DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E OUTROS BENS INERENTES À ATIVIDADE DAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. O FATO DE A EMPRESA POSSUIR INSCRIÇÃO ESTADUAL E STATUS DE CONTRIBUINTE, CONFORME CONSULTA BÁSICA AO CADASTRO PÚBLICO DO SINTEGRA, TAL ARGUMENTO NÃO CRIA QUALQUER SUBSTÂNCIA EFETIVA.

O § 12 DO ART. 42 DO RICMS, DECRETO ESTADUAL Nº 43.080/02, DEFINE:

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.

INFERE-SE DA NORMA SUPRA QUE O REMETENTE DEVE COMPROVAR, CLARAMENTE, QUE O DESTINATÁRIO É

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONTRIBUINTE, OU SEJA, EXERCE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS.

NESTE SENTIDO A ENTÃO DOET/SUTRI/SEF EXAROU A SEGUINTE CONSULTA DE CONTRIBUINTES:

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

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

ANTE O EXPOSTO ACIMA NÃO SE PODE AFIRMAR, COMO FAZ A AUTUADA/RECORRENTE, QUE A EXIGÊNCIA FISCAL FOI BASEADA EM PRESUNÇÃO E SEM COMPROVAÇÃO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

QUANTO À ALEGAÇÃO DE QUE A ALÍQUOTA A SER APLICADA AOS DESTINATÁRIOS LOCALIZADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO É A PREVISTA PARA AS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, ESTARIA CORRETA DESDE QUE O ADQUIRENTE FOSSE CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. EM SE TRATANDO DE NÃO CONTRIBUINTE A ALÍQUOTA A SER APLICADA É A DA OPERAÇÃO INTERNA.

NO PRESENTE CASO OS DESTINATÁRIOS SE ENQUADRAM NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO, PARA CUJAS OPERAÇÕES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DETERMINA:

ART. 155. COMPETE AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL INSTITUIR IMPOSTOS SOBRE:

(...)

II - OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO, AINDA QUE AS OPERAÇÕES E AS PRESTAÇÕES SE INICIEM NO EXTERIOR;

(...)

§ 2º O IMPOSTO PREVISTO NO INCISO II ATENDERÁ AO SEGUINTE:

(...)

VII - EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES QUE DESTINEM BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO, ADOTAR-SE-Á:

A) A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, QUANDO O DESTINATÁRIO FOR CONTRIBUINTE DO IMPOSTO;

B) A ALÍQUOTA INTERNA, QUANDO O DESTINATÁRIO NÃO FOR CONTRIBUINTE DELE; (GRIFOU-SE)

SEGUNDO AINDA O TEXTO CONSTITUCIONAL, CABE À LEI COMPLEMENTAR ESTABELECEER NORMAS GERAIS EM MATÉRIA DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, PRINCIPALMENTE QUANTO À DEFINIÇÃO DOS FATOS GERADORES (ART. 146, III, E ART. 155, §2º, INCISO XII).

DESDE O DECRETO-LEI Nº 406/68, COM NATUREZA DE LEI COMPLEMENTAR, QUE ESTABELECEU NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO APLICÁVEIS AOS IMPOSTOS SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA, PASSANDO PELAS LEIS COMPLEMENTARES Nº 87/96 E Nº 116/03, NÃO HÁ PREVISÃO DE INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A SAÍDA DE MATERIAIS EM OPERAÇÕES REALIZADAS POR EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL, A SEREM EMPREGADOS NA REALIZAÇÃO DAS OBRAS SOB A RESPONSABILIDADE DAS CONSTRUTORAS.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM RECENTE DECISÃO, QUAL SEJA, PROCESSO Nº 1.0704.05.031013-2/001(1), NÚMERO CNJ: 0310132-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

58.2005.8.13.0704, RELATOR: GERALDO AUGUSTO, RELATOR DO ACÓRDÃO: GERALDO AUGUSTO, DATA DO JULGAMENTO: 18/08/09, DATA DA PUBLICAÇÃO: 04/09/09, DECIDIU CONFORME EMENTA ABAIXO:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - NÃO INCIDÊNCIA. A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS POR CONSTRUTORA CIVIL PARA SEREM APLICADOS EM SUA ATIVIDADE-FIM NÃO ESTÁ SUJEITA À INCIDÊNCIA DE ICMS. AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELES PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DE SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS.

ACRESCENTA-SE QUE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ PACIFICOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO ESTÃO SUJEITAS AO ICMS AO ADQUIRIR MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PARA EMPREGAR NAS OBRAS QUE EXECUTAM, CONFORME SE DEPREENDE DAS DECISÕES COLACIONADAS PELO FISCO ÀS FLS. 759/760.

POR OUTRO LADO, CONSTATA-SE QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FOI REFORMULADO PARA EXCLUSÃO DAS EXIGÊNCIAS RELATIVAS À NOTA FISCAL nº 064139, UMA VEZ QUE JÁ HAVIA SIDO INCLUÍDA NO AUTO DE INFRAÇÃO nº 01.000151536-98 DE MESMA FUNDAMENTAÇÃO.

DESSE MODO OS DOCUMENTOS JUNTADOS PELA IMPUGNANTE ÀS FLS. 697/718 NÃO CONFIGURAM PROVAS DA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTES DOS DESTINATÁRIOS, SALVO O CASO DA EMPRESA LOK ANDAIMES.

EM RELAÇÃO A ESSA EMPRESA, FOI ANEXADA CÓPIA DE NOTA FISCAL SÉRIE “D” (FLS. 722/724), DEMONSTRANDO ALGUMAS VENDAS DE ESCADAS DE ALUMÍNIO, DISCO DE SERRA, DENTRE OUTROS PRODUTOS.

MUITO EMBORA TAIS DOCUMENTOS NÃO COMPROVEM À EXAUSTÃO A EXISTÊNCIA DE HABITUALIDADE NAS OPERAÇÕES RELATIVAS AO ICMS, NÃO DEIXA DE LANÇAR ALGUMA DÚVIDA SOBRE A CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DA DESTINATÁRIA. ASSIM, CONSIDERANDO A EXISTÊNCIA DE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, É DE BOM ALVITRE ADMITIR A UTILIZAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL, DEVENDO-SE CANCELAR AS EXIGÊNCIAS INERENTES A LOK ANDAIMES - LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, quanto ao Recurso nº 40.060127313-10, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator), André Barros de Moura e Luiz Fernando Castro Trópia, que lhe davam provimento parcial, para excluir as exigências referentes às remessas de mercadorias para empresa de construção civil, no tocante às destinatárias que apresentaram declaração do Fisco de destino, comprovando a condição de contribuinte. Quanto ao Recurso nº 40.060127577-18, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido, em parte, o Conselheiro José Luiz Drumond, que lhe dava provimento parcial para restabelecer as exigências relacionadas ao estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros que lhe dava provimento parcial para restabelecer as exigências relacionadas ao estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio e as relativas às remessas para Lok Andaimes. Vencido, em parte, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor) que lhe dava provimento parcial para restabelecer as exigências relativas às mercadorias destinadas às empresas de construção civil, inclusive as destinadas à Lok Andaimes. Designado relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão. Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Francisco Prudente de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond, Antônio César Ribeiro, André Barros de Moura, Maria de Lourdes Medeiros e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 23 de julho de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Relator / Designado