

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.517/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215738-47
Impugnação: 40.010129567-59
Impugnante: Marka Indústria e Comércio de Pré-Fabricados de Concreto
CNPJ: 66.038530/0001-37
Coobrigado: Bioenergética Vale do Paracatu
IE: 001.058894.00-62
Origem: P.F/Eduardo Devos - Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO ICMS/ST – MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. Constatada a utilização da alíquota de 12% (doze por cento) na aquisição interestadual de pilares, terças, vigas e tesouras conforme art. 42, I, item b.12 Parte 2 c/c Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, destinados a ativo permanente. Entretanto, por se tratar de produtos “pré-fabricados”, classificados na posição NBM/SH 6810.91.00, a alíquota interna aplicável corresponde a 18% (dezoito por cento) nos termos da alínea “e”, inciso I do art. 42 do RICMS/02. O remetente do Estado de São Paulo é sujeito passivo na qualidade de substituto tributário pelo recolhimento do diferencial de alíquota, conforme parágrafo único da cláusula primeira do protocolo ICMS nº 32/09. Corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II combinado com o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias – obras de cimento, de concreto (pilares, terças, tesouras e vigas), acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 544/548, 557/561, 571, 573/574, 577, 590/591 e 595, sem a retenção e o recolhimento do ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota, nos termos do Protocolo ICMS nº 32/09 e do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação de 100% por se tratar de mercadoria sujeita ao ICMS/ST, conforme art. 56, II, e §2º, II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente Impugnação às fls. 57/69 contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 84/88.

DECISÃO

Foi constatado no Posto de Fiscalização Eduardo Devos, na circunscrição da Delegacia Fiscal de Trânsito de Uberaba, mediante conferência de documentos apresentados ao Fisco, o transporte de mercadorias – obras de cimento, concreto - sem a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

retenção e o recolhimento do ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota, uma vez que se trata de produto destinado ao ativo permanente, conforme Protocolo ICMS 32/09 e subitem 18.1.34, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação de 100% por se tratar de mercadoria sujeita ao ICMS/ST, conforme art. 56, inciso I, e §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As mercadorias foram enviadas pela Impugnante estabelecida no município de Franca-SP, com as respectivas notas fiscais que consta a venda de produtos destinados à empresa Bioenergética Vale do Paracatu S/A, estabelecida no município de João Pinheiro-MG, eleita para compor o polo passivo na condição de Coobrigada.

A Impugnante questiona os critérios utilizados pelo Fisco, alegando ser baseado em indícios, e no tocante à classificação da mercadoria entre produto “pré-fabricado” e “pré-moldado”, sendo que a alíquota interna seria de 12% (doze por cento) e não de 18% (dezoito por cento), e que por consequência não haveria ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota.

Alega também que fere o princípio constitucional da isonomia por aplicar tratamento diferenciado entre o produto pré-fabricado e o pré-moldado, sendo que o primeiro faz parte do segundo, devendo ser aplicada a alíquota interna de 12% (doze por cento) para ambos.

As mercadorias objetos da autuação são pilares, terças, vigas, tesouras e vigas p rolante.

A aplicação da substituição tributária para estas mercadorias está prevista no subitem 18.1.34, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, senão veja-se:

18. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, ACABAMENTO, BRICOLAGEM OU ADORNO

18.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária

Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA(%)
18.1.34	68.10	Obras de cimento, de concreto ou de pedra artificial, mesmo armadas, exceto poste acima de 3 m de altura e tubos, laje, pré-laje e mourões.	33

Por se tratar de produtos destinados ao ativo permanente do destinatário, o sujeito passivo por substituição tributária é o remetente da mercadoria, devendo este ter recolhido o diferencial de alíquota, conforme dispõem o art. 12, §2º do Anexo XV do RICMS/02 e o Parágrafo Único da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 32/09, senão veja-se:

RICMS/02

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SEÇÃO II

Da Responsabilidade do Alienante ou do Remetente da Mercadoria pelo Imposto Devido nas Operações Subseqüentes ou na Entrada de Mercadoria em Operação Interestadual

SUBSEÇÃO I

Da Responsabilidade

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 16, 18 a 24, 26, 29 a 32, 39, 43 a 46 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

Protocolo 32/09

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Belo Horizonte, no dia 5 de junho de 2009, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Parágrafo único. O disposto no "caput" aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

(...)

Item	NCM/SH	Descrição das mercadorias	MVA (%) Original
34	68.10	Obras de cimento, de concreto ou de pedra artificial, mesmo armadas, exceto poste acima de 3 m de altura e tubos, laje, pré laje e mourões	33

(grifou-se)

Observa-se que o ICMS/ST é relativo à diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna aplicada sobre a base de cálculo da operação própria, uma vez que não haverá posterior operação.

O argumento da Impugnante é no sentido de que a alíquota interna dos produtos transportados é de 12% (doze por cento), de acordo com o item b.12, inciso I, art. 42, Parte Geral do RICMS/02 c/c item 18, Parte 6 do Anexo XII do mesmo regulamento, conforme a seguir:

Parte Geral

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b.12) ferros, aços e materiais de construção relacionados na Parte 6 do Anexo XII, em operações promovidas por estabelecimento industrial;

Anexo XII

PARTE 6 - FERROS, AÇOS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO (a que se refere a subalínea "b.12" do inciso I do caput do artigo 42 deste Regulamento)

(...)

Item	Mercadorias	Código BM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º/01/97)
18	PRÉ-LAJES E PRÉ-MOLDADOS	6810.99.00

A autuada entende que se trata de produto pré-moldado, da posição NCM/SH 6810.99.00, onde a alíquota interna é a mesma que a interestadual, ou seja, 12% (doze por cento), não havendo que se falar, portanto, em recolhimento de ICMS/ST relativo à diferença de alíquota.

O Fisco, por sua vez, afirma que são produtos pré-fabricados classificados na posição NCM/SH 6810.91.00, sujeitos à alíquota de 18% (dezoito por cento) e que, por isso, a Impugnante deveria ter recolhido o ICMS/ST relativo à diferença da alíquota interna para a interestadual, qual seja, 6% (seis por cento), conforme dispositivos anteriormente mencionados.

A norma NBR nº 9062, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), define o conceito de elemento pré-moldado e elemento pré-fabricado, *in verbis*:

ABNT NBR 9062:2006

3.10 elemento pré-moldado: Elemento moldado previamente e fora do local de utilização definitiva na estrutura, conforme especificações estabelecidas em 12.1.1.

3.11 elemento pré-fabricado: Elemento pré-moldado executado industrialmente, em instalações permanentes de empresa destinada a este fim, que se enquadram e atendem aos requisitos mínimos das especificações de 12.1.2.

(...)

12.1.1 Os elementos pré-moldados devem ser executados conforme prescrições das ABNT NBR 14931, ABNT NBR 12655 e controle de qualidade conforme estabelecido nesta seção, para o qual se dispensa a existência de laboratório e demais instalações congêneres próprias.

12.1.2 Os elementos podem ser considerados elementos pré-fabricados quando atenderem aos requisitos especificados em 12.1.2.1 a 12.1.2.5.

12.1.2.1 A mão de obra é treinada e especializada.

12.1.2.2 A matéria-prima é previamente qualificada por ocasião da aquisição e posteriormente através da avaliação de seu desempenho com base em inspeções de recebimento e ensaios (conforme 12.2). Estrutura específica para controle de qualidade, laboratório e inspeção das etapas do processo produtivo devem ser mantidos permanentemente pelo fabricante, a fim de assegurar que o produto colocado no mercado encontra os requerimentos desta Norma e esteja em conformidade com os valores declarados ou especificados. O concreto utilizado na moldagem dos elementos pré-fabricados deve atender à especificações da ABNT NBR 12655, bem como ter um desvio-padrão S_d máximo de 3,5 MPa a ser considerado na determinação da resistência à compressão de dosagem ($f_{c,j}$), exceto para peças com abatimento nulo (abatimento zero).

12.1.2.3 A conformidade dos produtos com os requisitos relevantes desta Norma e com os valores específicos ou declarados para as propriedades dos produtos deve ser demonstrada através da adoção das normas de projeto pertinentes ou ainda através de ensaios de avaliação da capacidade experimental, conforme 5.5, a através do controle de produção de fábrica, incluindo a inspeção dos produtos. A frequência de inspeção dos produtos deve ser definida de forma a alcançar conformidade permanente do produto e, quando aplicável, atendendo ao especificado em normas específicas.

12.1.2.4 Os elementos são produzidos com o auxílio de máquinas e de equipamentos industriais que racionalizam e qualificam o processo.

12.1.2.5 Após a moldagem, estes elementos são submetidos a um processo de cura com temperatura controlada, conforme 9.6. (grifou-se)

Os elementos pré-moldados são, conforme o próprio nome diz, moldados previamente fora do local de utilização definitiva da estrutura, de acordo com as normas da ABNT que estabelecem requisitos gerais para a execução de estruturas de concreto e procedimentos para preparo, controle e recebimento de concreto de cimento Portland, com a dispensa de laboratório e demais instalações congêneres próprias.

Já os elementos pré-fabricados, apesar de serem considerados também como pré-moldados, são aqueles que, além de obedecerem às normas estabelecidas no parágrafo anterior, se submetem a diversas especificações como inspeções, exames laboratoriais, controle de qualidade e outros procedimentos afins para garantir a sua qualidade e o cumprimento das suas funções.

Ao analisar os produtos que consistem em vigas, pilares, tesouras e terças destinados a uma usina bioenergética, conclui-se que são elementos a serem utilizados para a construção da sua infraestrutura.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É certo que estes produtos necessitam de medidas e critérios específicos para construir estruturas firmes e seguras, sendo submetidos a rigorosos controles de qualidade.

O Fisco anexou às fls. 40/48 fotos do *site* do estabelecimento da Impugnante onde os produtos objetos da autuação são apresentados, caracterizando a finalidade dos mesmos.

Acrescente-se que nas notas fiscais os produtos são mencionados como pré-fabricados.

Os pré-fabricados estão inseridos no universo dos elementos pré-moldados conforme a norma ABNT, mas há que se observar também qual é a classificação fiscal adotada na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH), pois é ela que indicará o tratamento tributário do produto.

A Receita Federal do Brasil, com a Instrução Normativa nº 807/08, nas Notas Explicativas do seu Anexo Único, especifica os produtos da subposição 6810.91 (pré-fabricados), *in verbis*:

Instrução Normativa RFB nº 807, de 11 de janeiro de 2008

Aprova o texto consolidado das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias. Retificada no DOU de 03.03.2008, Seção 1, pág. 18.

(...)

ANEXO ÚNICO

(...)

68.10 - Obras de cimento, de concreto (betão*) ou de pedra artificial, mesmo armadas (+).

6810.1 - Telhas, ladrilhos, placas (lajes), tijolos e artefatos semelhantes:

6810.11 - - Blocos e tijolos para a construção

6810.19 - - Outros

6810.9 - Outras obras:

6810.91 - - Elementos pré-fabricados para a construção ou engenharia civil

6810.99 - - Outras

(...)

Nota Explicativa de Subposição.

Subposição 6810.91

Esta subposição compreende os elementos pré-fabricados para construção e engenharia civil tais como os painéis para fachadas, paredes interiores, elementos para soalhos ou para tetos, componentes para alicerces, estacas, galerias, elementos para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comportas de represas ou barragens, pontões, cornijas. Estes elementos, geralmente em concreto (betão), compreendem normalmente armações com o fim de facilitar a sua montagem ulterior. (grifou-se)

Ora, a Instrução Normativa é clara ao classificar os elementos pré-fabricados na posição 6810.91.

A norma estadual, citada anteriormente, determina a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) somente para os produtos pré-moldados classificados na posição NBM/SH 6810.99.

Portanto, aos produtos pré-fabricados, classificados na posição NBM/SH 6810.91, aplica-se a alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme norma ínsita no art. 42, I, “e” do RICMS/02.

A destinatária das mercadorias, estabelecida em Minas Gerais, foi eleita corretamente como Coobrigada, nos termos do disposto no art. 15, Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto. (grifou-se)

Por se tratar de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST, a Multa de Revalidação foi de 100% (cem por cento) do valor do imposto, conforme determina o art. 56, inciso II e §2º, inciso I da Lei nº 6.763/75. Veja-se:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Quanto às alegações relativas à inobservância do princípio constitucional da isonomia, cabe destacar que, por força do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA/MG),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se incluem na competência do Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo.

Por fim, cumpre observar que as provas apresentadas pelo Fisco são objetivas e claras, de forma que o Auto de Infração não se encontra baseado em indícios e suposições, como afirma a Impugnante.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Bruno Antônio Rocha Borges
Relator