

Acórdão: 17.893/06/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118757-55
Impugnante: CNH Latin América Ltda.
Proc. S. Passivo: Alessandro Mendes Cardoso/Outro(s)
PTA/AI: 02.000211824-65
Inscr. Estadual: 186272448.00-85
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – Constatado que a Autuada deixou de utilizar a alíquota interna em operação destinada a não contribuinte do imposto, empresa de construção civil, localizada no Estado de Rondônia, em desacordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02. A Autuada não comprovou que a empresa destinatária realiza com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, ainda que esteja regularmente inscrita no cadastro de contribuintes do imposto. Corretas as exigências de ICMS e MR. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadoria acobertada por nota fiscal que consignava alíquota de ICMS menor do que a devida na operação. A mercadoria estava sendo destinada, pela Autuada, à Const. e Incorp. da Amazônia Ltda., empresa de construção civil localizada no Estado de Rondônia. Nos termos do art. 42, § 12 do RICMS/02, a alíquota aplicável é 12% e não 7%, como consignado na nota fiscal. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.14/25, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 51/54.

DECISÃO

O presente feito versa sobre a constatação, pelo Posto Fiscal Olavo Gonçalves Boaventura, de que a Autuada consignou alíquota inferior à devida na Nota Fiscal nº 208926, emitida em 04/07/2006, referente a uma retroescavadeira/carregadeira, destinada à empresa de construção civil, Construtora e Incorporadora da Amazônia Ltda., estabelecida no Estado Rondônia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se o ICMS e respectiva Multa de Revalidação decorrente da diferença entre a alíquota aplicada de 7% (sete por cento) e a alíquota interna, 12% (doze por cento), ou seja, 5% (cinco por cento) sobre o valor da operação retratada pela nota fiscal em questão.

O processo encontra-se devidamente instruído, contendo, além do Auto de Infração (fls. 03/04), a 4ª via do documento fiscal mencionado (fls. 07) e cópia da Consulta Pública ao Cadastro Compartilhado de Rondônia (fls. 09).

Com efeito, a operação de saída constante da nota fiscal de fl. 07 refere-se a mercadoria destinada a empresa de construção civil não contribuinte do imposto, localizada em outra Unidade da Federação. Desta forma, deveria ter sido tributada com a utilização da alíquota interna.

Ressalte-se, por oportuno, que a condição de contribuinte do imposto independe de se estar ou não inscrito no cadastro de contribuintes do respectivo Estado, sendo necessária a prática, de forma habitual, de operações relativas à circulação de mercadorias ou a prestação de serviços definidas como fato gerador do ICMS.

No intuito de deixar claro o entendimento da norma inserta na Constituição Federal que determina a aplicação da alíquota interna nas operações destinadas a não-contribuinte do imposto localizado em outra Unidade da Federação, o legislador mineiro incluiu o parágrafo 12 no art. 42 do RICMS/02, reafirmando que nestas operações quando o destinatário é empresa de construção civil, ainda que inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS de seu Estado, a alíquota aplicável é a interna, salvo se o remetente comprovar, de forma inequívoca, que o destinatário realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme se depreende desse dispositivo:

Art. 42 - ...

...

§ 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."

Importante acrescentar que o art. 189-A do Anexo IX do RICMS/02 (a seguir transcrito) ratifica a tese fiscal, de que a utilização de alíquota interestadual está condicionada à comprovação da condição de contribuinte da empresa de construção civil, destinatária de mercadorias ou bens.

Art. 189-A - A empresa de construção civil não enquadrada na hipótese do inciso I do *caput* do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 178 desta Parte, **ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado**, nas aquisições de mercadorias ou bens ou na utilização de serviços de transporte ou de comunicação oriundos de outra unidade da Federação, **deverá informar ao seu fornecedor ou prestador a sua condição de não contribuinte do ICMS**, para efeitos de aplicação da alíquota prevista para a operação ou prestação interna. (gn)

O cerne da questão restringe-se, então, à comprovação, pela Autuada, de que a destinatária encontra-se na condição de contribuinte do ICMS de seu Estado, nos estritos ditames da legislação quanto a comprovar a habitualidade na realização de operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, visto que nos documentos fiscais objeto da autuação a alíquota utilizada para cálculo do ICMS foi de 7% (alíquota interestadual).

Os documentos juntados pela Autuada, no sentido de atender a condição estatuída no § 12 do art. 42 do RICMS/02, “Declaração” (fls. 47) do Fisco de Rondônia, informando que a destinatária está inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS, “Consulta Pública ao Cadastro Compartilhado de Rondônia” (fls. 49), mencionando que a empresa destinatária está habilitada no regime normal, que é usuária de PED para livros fiscais, bem como “excertos do Regulamento do ICMS de Rondônia” (fls. 31), não servem à comprovação da condição regrada, em relação à habitualidade, pois que contrária ao ordenamento jurídico, uma vez que decorrem do fato de que o Estado de Rondônia considerar as empresas de construção civil contribuintes do ICMS.

Nesse sentido torna-se importante a informação trazida pelo Fisco mineiro no sentido de que o Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de Rondônia SINICON/RO – obteve deferimento do Mandado de Segurança impetrado contra o Coordenador Geral da Receita Estadual de Rondônia através do processo de nº 001.2002.002594-6, decisão esta mantida em 2ª instância, na qual o desembargador Eurico Montenegro afirma que a jurisprudência já se manifestou quanto a esse assunto nos seguintes termos:

“AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELAS 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.”

“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 DO ISS (...)”

Importante referir-se ao que dispõe a Lei Complementar 87/96, ao definir contribuinte, por força da competência Constitucional prevista no art. 155, inciso XII,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

alínea “a”, estabelecendo que cabe à Lei Complementar definir os contribuintes do ICMS:

LC 87/96

Art. 4º **Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica que realiza, 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.**(grifo nosso)

Assim, importante trazer à colação, também, os ditames da Lei Complementar 116/03, que dispõe sobre o ISS e estabelece:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

...

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Nos subitens 7.02 e 7.05 da lista anexa à supracitada LC, encontram-se as atividades de construção civil assim descritas:

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos **(exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)**.

7.05 - Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres **(exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)** (grifo nosso).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nestes termos, o que se percebe é que, via de regra, as empresas de construção civil são contribuintes do ISS, não do ICMS. Decorre então que o RICMS/MG, no § 12, do art. 42, exige comprovação inequívoca de que a construtora destinatária da mercadoria ou bem realiza o fato gerador do ICMS, praticando com habitualidade operações sujeitas ao imposto.

Importante para comprovação do correto procedimento do Fisco a informação constante da “Consulta Pública ao Cadastro Compartilhado de Rondônia”(fls.09) como “Descrição da Atividade”: “EDIFICAÇÕES (RESIDÊNCIAS, INDUSTRIAIS, COMERCIAIS E DE SERVIÇOS), o que denota tratar-se a destinatária, Const. e Incorp. da Amazônia Ltda, de empresa do ramo específico de construção civil, submetida à legislação do ISS, naturalmente sem atividade comercial, para que pudesse se submeter à legislação do ICMS.

Quanto a invocar a Impugnante o Regulamento de Rondônia e o Convênio 71/89, para atribuir a incidência do imposto estadual sobre a entrada de mercadoria ou bem provenientes de outro Estado, adquiridos por construtora para fornecimento em obra executada sob sua responsabilidade, há que se lembrar não ser tal fato possível em se tratando de não contribuinte do ICMS, como é o caso, pelas razões já descritas.

Inaplicabilidade do disposto no art. 112 do CTN relativamente às circunstâncias materiais do fato, considerando serem as empresas de construção civil, regra geral, contribuintes do ISS, não do ICMS.

De igual forma também se demonstra inaplicável o parágrafo único do artigo 100 do CTN, para não exigência de multa, juros ou correção monetária sobre o crédito tributário em tela, à vista da observância do que dispõe o Convênio 71/89, pois a matéria em questão já se encontra devidamente definida nas Leis Complementares 87/96 e 116/03, bem como devidamente regulamentada em Minas Gerais, pelo Dec. 43080/02 (RICMS/MG).

Inaplicável o argumento da Impugnante de comprovação da condição de contribuinte fundado em esclarecimento previsto na Orientação da DOET/SUTRI, SEFAZ/MG, nº 002/2005 uma vez não oferecido o convencimento à autoridade fiscal nos termos constantes da própria orientação e diante dos fundamentos acima apresentados.

Desta forma, não restando comprovada a condição de contribuinte, que pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, da empresa de construção civil, destinatária das mercadorias e tendo sido a operação autuada realizada após ter o Estado de Minas Gerais denunciado o Convênio ICMS n.º 71/89, com a edição do Decreto nº 43.923/2004, mantém-se as exigências de ICMS e MR constantes do Auto de Infração em apreço.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Windson Luiz da Silva, que o julgavam improcedente, nos termos da Impugnação às fls. 18/19 e da declaração acostada aos autos às fls. 47. Pela Impugnante, sustentou oralmente Rafael Santiago Costa e, pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fazenda Pública Estadual o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros retromencionados.

Sala das Sessões, 07/11/06.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente**

**Fausto Edimundo Fernandes Pereira
Relator**

CC/MIG