

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.451/09/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000159140-28
Recurso de Revisão: 40.060124717-68
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Copam Engenharia e Comércio Ltda.
IE: 062037594.00-48
Proc. S. Passivo: Camila Colares Santana/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO, CONSUMO E ATIVO PERMANENTE - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. Constatada a falta de recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento. Procedimento fiscal respaldado pelos artigos 42, § 1º, inciso I e 84, inciso III do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II, da Lei 6763/75. Entretanto, excluem-se do crédito tributário as exigências fiscais relativas ao período anterior a 1/01/05, data da vigência do artigo 189-A, do Anexo IX, do RICMS/02. Mantida a decisão.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL - FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Descumprimento da obrigação prevista no artigo 96, inciso III, do RICMS/02. Exigência da penalidade capitulada no artigo 55, inciso I, da Lei nº 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Acionado o permissivo legal, artigo 53 § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso I, da citada lei, a 10% (dez por cento) do seu valor. Mantida a decisão.

Recurso conhecido por unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de ter a Recorrida, no período de setembro/2003 a agosto/2008, deixado de recolher ICMS, em decorrência de diferencial de alíquota devido nas aquisições de materiais de outras Unidades da Federação, destinados a uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento, bem como deixou de escriturar notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso I, ambos da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão consubstanciada no Acórdão n° 19.078/09/1ª pelo voto de qualidade, manteve parcialmente as exigências fiscais, excluindo, com relação ao item I do Auto de Infração, os fatos geradores até 31/12/04.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador o Recurso de Revisão de fls. 518/520, contra o qual a Recorrida se manifesta às fls. 524/527.

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, uma vez tratar-se de Recurso de Revisão, deve-se analisar o cumprimento das condições regulamentares para sua admissão. Tais condições encontram-se estatuídas no artigo 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n° 44747/08, *in verbis*:

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:

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

Assim, superada de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n° 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Como dito no relatório acima, a autuação versa sobre a constatação de que a Recorrida deixou de recolher ICMS, no período de setembro/2003 a agosto/2008, em decorrência de diferencial de alíquota devido nas aquisições de materiais de outras Unidades da Federação, destinados a uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento, bem como deixou de escriturar notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Item 1 do Auto de Infração – ICMS devido pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual

As operações com fato gerador até 31/12/04 devem ser excluídas do lançamento tributário, pelos fundamentos a seguir aduzidos.

A Recorrida – Copam Engenharia e Comércio Ltda. – tem como objeto a exploração do ramo de construção civil, por empreitada ou por administração, quer por conta própria, por incorporação, podendo ainda se dedicar ao comércio de imóveis e aluguel de imóveis próprios, conforme documentos de fls. 436/448.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A lide tem como matéria de direito a aplicação do dispositivo da Carta Magna que trata do diferencial de alíquota, isto é, artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, nas empresas de construção civil.

As atividades de construção civil, na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1 de 1969, estavam sujeitas, em princípio, à incidência do ISS, obrigando-se a pagar o imposto em favor do Município da localização da obra.

Isso decorreu de outorga de competência aos Municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Os serviços sobre os quais incide o ISS eram aqueles descritos em lista Anexa ao Decreto-lei nº 406/68, posteriormente alterado pelo Decreto-lei nº 834/69, pela Lei Complementar nº 56/87, e, mais recentemente pela Lei Complementar 116/03.

O Decreto-lei acima referido, estabelece normas gerais de direito financeiro aplicáveis ao ICM, hoje ICMS, e ao ISS, por isso, goza de “status” de lei complementar, no sentido material, conforme é reconhecido pela doutrina e jurisprudência do STF. Esta é a razão de sua alteração por lei complementar.

A área de incidência do ISS estava delimitada no art. 8º do citado Decreto-Lei nº 406/68, nos seguintes termos:

Art. 8º - O imposto, de competência dos municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º - Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º - O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias.

Observe-se que os dois parágrafos do art. 8º estabeleceram regras para definir as atividades mistas, que envolvem prestação de serviços e fornecimento de mercadorias.

Nestas atividades mistas, é a lista de serviços que irá estabelecer o divisor de águas entre os campos de incidência do ISS e do ICMS. Portanto, é a fonte para responder, no caso concreto, as exigências desses dois impostos.

Atualmente, encontra-se em vigor, disciplinando a matéria, o item 7 do Anexo à Lei Complementar 116/03, como segue:

7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.01 - Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

7.03 - Elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia.

Pode-se concluir, com segurança, que na atividade de construção civil a regra de tributação é a incidência do ISS, face à disposição expressa do item 32 da lista anexa ao Decreto Lei 406/68, com a redação da Lei Complementar nº 56/87 e, atualmente, pelas disposições da Lei Complementar 116/03 acima transcritas.

O ICMS incidirá, excepcionalmente, sobre as mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da obra.

A nova ordem constitucional, a partir da Constituição/88, não alterou a situação das empresas de construção civil em relação à incidência do ISS.

Primeiro, porque a Constituição/88 excluiu da competência tributária dos Municípios apenas os serviços que compõem o perfil do ICMS, isto é, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação.

Segundo, continuou em vigor a Lista de Serviços anexa à LC 56/87, bem como foram recepcionadas as normas gerais estabelecidas pelo Decreto - Lei nº 406/68, naquilo que não conflitem com a nova ordem constitucional, conforme disposto no § 5º, do art. 34, do Ato das Disposições Transitórias.

Entretanto, a partir de 01/08/03, período onde ocorreram os fatos geradores da exigência fiscal, a matéria encontrava-se disciplinada pela LC 116/03 que “dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências”.

Assim, em relação à construção civil, prevalece a incidência do ICMS para a hipótese de fornecimento de mercadoria produzida fora do local da obra.

Deste modo, as empresas de construção civil excepcionalmente serão contribuintes quando, por exemplo, produzirem mercadorias fora da obra. Em regra tais empresas não são contribuintes ICMS.

Portanto, não é só o fato de uma empresa de construção civil estar inscrita no cadastro de contribuintes do Estado que irá qualifica-la como contribuinte. A inscrição é uma formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescente-se, ainda, que o conceito de contribuinte é um conceito legal, preconizado no art. 121, parágrafo único, inciso I, do CTN e no art. 4º, da Lei Complementar nº 87/96.

O Auto de Infração que está a exigir complementação de alíquota do ICMS em operações interestaduais, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo fixo da empresa de construção civil, tem de ser cotejado, ainda, com a regra constitucional do art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, que prescrevem:

Art. 155 - (...)

§ 2º (...)

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 do imposto;

VIII - Na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O texto constitucional é muito claro, não exigindo grande esforço de interpretação para compreender-lhe o sentido.

Assim, para a aplicação de alíquota em operação interestadual deve-se perquirir a condição do destinatário do bem e da prestação de serviço interestadual.

Tratando-se o destinatário consumidor final de **contribuinte** do ICMS, a alíquota a ser aplicada, em operações interestaduais, é a interestadual.

Por outro lado, tratando-se o destinatário consumidor final de **não contribuinte** do ICMS, a alíquota a ser aplicada, em operações interestaduais, é a interna, cabendo o imposto ao Estado de origem.

Como a Constituição/88 determina objetivamente que a alíquota aplicável nas operações interestaduais para consumidor final será definida pela circunstância do destinatário ser ou não contribuinte do ICMS, então é de se questionar quais são os contribuintes do ICMS.

Ressalta-se que, a resposta está na própria Constituição Federal, conforme art. 155, inciso I, alínea "b".

O aspecto material da hipótese da regra-matriz do ICMS é de que este imposto incide sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação". Logo, só pode ser sujeito passivo a pessoa que realiza a circulação de mercadorias e as prestações de serviços acima definidas.

O CTN, e seu art. 121, parágrafo único, incisos I e II, define o contribuinte como aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

gerador e responsável aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Desta forma, contribuinte do ICMS é a pessoa que realiza operação ou prestação de serviços definidas na regra-matriz constitucional (art. 155, inciso I, alínea “b”). As empresas de construção civil, em regra, não têm relação pessoal e direta com as situações que constituam o fato gerador do ICMS, por isso, repita-se, em regra, não são contribuintes do ICMS. Serão contribuintes, excepcionalmente, na hipótese retro analisada, qual seja, quando produzirem mercadorias fora do local da obra.

Frise-se, a Constituição Federal no inciso VII, do § 2º, do art. 155, alíneas “a” e “b”, se refere a contribuinte espécie do gênero sujeito passivo.

A conclusão é de que somente as empresas de construção civil que realizarem operações tributadas com o ICMS podem ser, excepcionalmente, contribuintes do ICMS. Como tal, estão obrigadas ao pagamento do diferencial de alíquota (obviamente que na proporção das operações tributadas pelo ICMS), quando adquirirem bens, oriundos de outros Estados, destinados a seu uso, consumo ou ativo permanente.

O caso, sob análise, não se enquadra na conclusão acima mencionada. Na hipótese dos autos, o Fisco não demonstrou que a Recorrida praticou operações sujeitas a incidência do ICMS e qual o seu percentual em relação aos materiais de uso, consumo e ativo permanente adquirido.

Portanto, como foi demonstrado à exaustão, a Recorrida não é contribuinte do ICMS. Isto é, não pratica operação de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Por fim, como também foi demonstrado, o Estado de Minas Gerais não tem capacidade ativa para tributar, pelo diferencial de alíquota, mercadorias oriundas de outra Unidade da Federação destinadas à empresa de construção civil, não contribuinte do ICMS. Esta é a dicção do art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal.

Todavia, para os fatos geradores ocorridos após a vigência do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02, o Estado mineiro definiu em decreto as hipóteses em que as empresas de construção civil devem pagar o ICMS relativamente à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Dispõe o art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02 que:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, nos autos, que a Recorrida não cumpriu as prescrições expressas no art. 189-A acima mencionado, informando a seu fornecedor a sua condição de não contribuinte do ICMS.

Ao proceder desta forma, a Recorrida age como contribuinte, embora defenda, nos autos, a sua condição de não contribuinte.

Não obstante o contrasenso entre fato e alegação, mediante leitura do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02, observa-se flagrante infringência à legislação tributária estadual, posto que caberia, a Recorrida informar a seus fornecedores a condição de não contribuinte de ICMS, para assim, receber as mercadorias acobertadas por notas fiscais constando o destaque da alíquota correta, ou seja, a alíquota interna aplicável à mercadoria nos termos da legislação tributária da Unidade da Federação do remetente.

Como o procedimento disposto no art. 189-A supra não foi adotado pela Recorrida, a opção que restaria encontrar-se-ia prevista no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal, nos termos de seus respectivos incisos:

Art. 189-A (...)

§ 1º - Na hipótese em que tenha sido utilizada a alíquota interestadual, a empresa de construção civil deverá, no primeiro posto de fiscalização ou, na falta deste no percurso, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria:

I - comprovar o pagamento da diferença do imposto devido à unidade da Federação de origem, inclusive por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE); ou

II - recolher antecipadamente, observado o disposto nos parágrafos seguintes, o imposto:

a - devido em virtude das operações de que tratam os incisos VII e XI do caput do artigo 1º deste Regulamento; ou

b - relativo à operação subsequente.

Portanto, ao constatar-se que o contribuinte não procedeu desta forma, verifica-se, pelas disposições da legislação estadual, que não havia outra opção senão a lavratura do Auto de Infração em análise.

Por outro lado, conforme argumentação do Fisco, não procede a alegação da Recorrida relativa à ocorrência de *bitributação*. Por *bitributação*, entende-se a instituição e cobrança de dois tributos distintos sobre o mesmo fato gerador. O conceito é citado em acórdão do TJMG:

Acórdão ref. Processo nº 1.0024.06.974074-4/001(1):

Ora, na dicção de Saïd Farhat:

"Bitributação, proibição de: o mesmo fato gerador não pode ser motivo de cobrança de mais de um tributo. Vale notar que somente ocorre

bitributação quando as autoridades que criam os tributos incidentes sobre o mesmo fato gerador pertencem a diferentes esferas de poder: federal/estadual, federal/municipal, estadual/municipal." (politicaecidadania.com.br).

Destarte, de conformidade com o acima exposto e tendo em vista o disposto no art. 110, do RPTA-MG, que exclui da competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo, mantém as exigências fiscais cujos fatos geradores ocorreram na vigência do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02, isto é, a partir de 01/01/2005.

Item 2 do Auto de Infração – Falta de escrituração de notas fiscais no LRE

A falta de escrituração, no livro Registro de Entradas das notas fiscais de aquisições de mercadorias, foi apurada pelo Fisco conforme demonstrado no Anexo II, conforme fls. 14.

A Recorrida alega que não é contribuinte do ICMS, portanto, está dispensada da obrigação acessória de escriturar livros fiscais.

Todavia, a irrelevância do registro de tais documentos fiscais no livro Registro de Entradas, argumentada na peça defensiva, não detém procedência, tendo em vista o disposto no § 3º, do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 189-A (...)

§ 3º - Para a escrituração dos documentos fiscais, sem prejuízo das demais disposições deste Regulamento, será observado o seguinte:

I - na hipótese de que trata a alínea "a" do inciso II do § 1º:

a - os documentos fiscais relacionados com a mercadoria ou com o serviço utilizado serão escriturados no livro Registro de Entradas, com anotação, na coluna "Observações", do valor do imposto antecipado, e de que a mercadoria se destina a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, ou de que o serviço não está vinculado a operação ou prestação subseqüentes tributadas.

Não existe, portanto, critério de irrelevância a justificar o comportamento e argumento da Recorrida no caso concreto dos autos.

Assim, encontra-se aperfeiçoado o lançamento fiscal, pelo que se faz devida a multa isolada constante do Auto de Infração.

No entanto, estabelece o artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados os §§ 5º e 6º de tal artigo.

Com base no dispositivo legal supracitado, tendo em vista os elementos dos autos aliados à inexistência de efetiva lesão ao Erário e à não comprovação de ter a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Recorrida agido com dolo, fraude ou má-fé, tem-se por cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a penalidade isolada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencido o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que lhe dava provimento. Pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti e, pela Recorrida, sustentou oralmente a Dra. Camila Colares Santana. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior, Luciana Mundim de Mattos Paixão e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 02 de julho de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

LFCT/mapo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.451/09/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000159140-28
Recurso de Revisão: 40.060124717-68
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Copam Engenharia e Comércio Ltda.
IE: 062037594.00-48
Proc. S. Passivo: Camila Colares Santana/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, 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.

A legislação tributária do Estado de Minas Gerais, antes de 01/01/05, tratava as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS e era signatário do Convênio ICMS 71/89, revogado em 04/04/03, pelo Convênio ICMS 137/02, em 13/12/2002. O Convênio ICMS 36/03, de 04/04/03, revigorou o Convênio 71/89, mas já sem adesão do Estado de Minas Gerais.

Assim dizia o Convênio ICMS 71/89:

CONVÊNIO ICMS 71/89

Firma entendimento sobre a alíquota aplicável em operação interestadual que especifica

(...)

Cláusula primeira Acordam os Estados signatários e o Distrito Federal em firmar entendimento de que nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, para fornecimento em obras contratadas que executem sob sua responsabilidade, e em que ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto, aplica-se o disposto na letra "a" do inciso VII e, se for o caso, no inciso VIII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.

Cláusula segunda Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.
Brasília, DF, 22 de agosto de 1989.

Signatários: AC, AL, AM, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MT, MS, **MG**, PA, PB, PE, PI, RJ, RN, RO, SC, SP, SE e TO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 02/12/04, foi alterado o RICMS/02, pelo Decreto nº 43.923/04, com vigência a partir de 01/01/05, para tratar as empresas de construção civil, em geral, como não contribuintes do ICMS.

Assim passou estabelecer o RICMS/02:

Parte Geral

(...)

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. **(Efeitos a partir de 1º/01/2005** - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/04)

Anexo IX

(...)

Art. 178 - A empresa de construção civil é obrigada a inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS quando: **(Efeitos a partir de 1º/01/2005** - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/2004.)

"Art. 178 - A empresa de construção civil é obrigada a inscrever-se na repartição fazendária a que estiver circunscrita." (Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2004)

I - realizar, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto, em nome próprio ou de terceiros, inclusive em decorrência de execução de obras de construção civil hidráulica ou semelhantes; **(Efeitos a partir de 1º/01/2005** - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/2004.)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS, para efeitos de aplicação da alíquota prevista para a operação ou prestação interna. **(Efeitos a partir de 1º/01/2005** - Acrescido pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/04.)

§ 1º - Na hipótese em que tenha sido utilizada a alíquota interestadual, a empresa de construção civil deverá, no primeiro posto de fiscalização ou, na falta deste no percurso, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria: **(Efeitos a partir de 1º/01/2005** - Acrescido pelo art. 4º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/2004.)

I - comprovar o pagamento da diferença do imposto devido à unidade da Federação de origem, inclusive por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE); ou

II - recolher antecipadamente, observado o disposto nos parágrafos seguintes, o imposto:

a - devido em virtude das operações de que tratam os incisos VII e XI do caput do artigo 1º deste Regulamento; ou

b - relativo à operação subsequente.

Como dito no voto vencedor, para os fatos geradores ocorridos após a vigência do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02, o Estado mineiro definiu em decreto as hipóteses em que as empresas de construção civil devem pagar o ICMS relativamente à diferença entre a alíquota interna e interestadual. Concluiu o voto, para manter as exigências do presente Auto de Infração no período posterior a 01/01/05, que “a Recorrida não cumpriu as prescrições expressas no art. 189-A, informando a seu fornecedor a sua condição de não contribuinte do ICMS. Ao proceder desta forma, a Recorrida age como contribuinte, embora defenda, nos autos, a sua condição de não contribuinte”.

Se, para o período posterior a 01/01/05, como dito no voto vencedor, a Recorrida age como contribuinte, forçoso é concluir que, no período anterior, deve ser também considerada como contribuinte, uma vez que em nada alterou sua atividade econômica.

Ante o acima exposto, dou provimento ao recurso para restabelecimento das exigências fiscais excluídas.

Sala das Sessões, 02 de julho de 2009.

René de Oliveira e Sousa Júnior
Conselheiro