

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.195/11/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000166946-33  
Impugnação: 40.010128399-49  
Impugnante: Ipiranga Asfaltos SA  
IE: 067173885.00-55  
Proc. S. Passivo: Sidnei Humberto Pedroso Oliveira  
Origem: DF/Betim

### **EMENTA**

**ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL.** Constatada a venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, sem que fosse utilizada a alíquota interna devida de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 42, inciso II, alínea "a", subalínea "a.1" e § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de junho de 2005 a março de 2010, em razão da utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outras Unidades da Federação, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, alínea "a", subalínea "a.1" e § 12º do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §7º, todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 199/244, acompanhada dos documentos de fls. 245/269, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 271/279.

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

Preliminarmente, requer a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, por falta de fundamentação legal nos autos, pois não se enquadrava a infração em dispositivo que reflita a irregularidade tributária.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“*Data venia*”, a pretensão preliminar nada mais é que a discussão do mérito desta contenda, pelo que será enfrentada no mérito.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida.

### Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação de aplicação incorreta da alíquota do ICMS nas operações de saídas de mercadorias destinadas as empresas de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação, no período de junho de 2005 a março de 2010.

O Auto de Infração em comento, em respeito ao princípio da legalidade, pautou-se, exclusivamente, na Constituição da República de 1988, na Lei Estadual nº 6.763/75 e no Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais.

Em relação à Lei nº 6763/75, foi infringido o art. 16, incisos VI, IX e XIII, conforme abaixo:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária.

Quanto ao Regulamento do ICMS – Decreto nº 43.080/02 foram infringidos os seguintes artigos:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1) quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

(...)

§ 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.** (Grifou-se)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

XVII - cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária, inclusive as disposições dos artigos 190 e 191 deste Regulamento e as obrigações constantes em regime especial;

E quanto a Constituição Federal, o art. 155, inciso VII, § 2º, alínea “b”, foi infringido, conforme citado abaixo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

(...)

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Assim, não têm procedência os argumentos da Autuada de que falta fundamentação legal nos autos.

A Impugnante faz referência ao art. 155, inciso VII da Constituição Federal, o qual determina que nas operações interestaduais deve ser utilizada a alíquota interestadual quando o adquirente for contribuinte do imposto e a alíquota interna quando se tratar de consumidor final. No caso em questão, conforme já citado, as construtoras não são consideradas contribuintes do imposto, salvo comprovação inequívoca, o que não houve.

Realmente, existe a obrigatoriedade de empresa de construção civil se inscrever no cadastro do Estado como contribuinte do imposto, desde que realize com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto ou promova a movimentação de materiais, conforme art. 178, incisos I e II, Anexo IX do RICMS/02. O § 3º do mesmo artigo determina a dispensa da inscrição estadual das empresas de construção civil.

Art. 178 - A empresa de construção civil é obrigada a inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS quando:

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;

II - não se enquadrando na hipótese do inciso anterior, executar obras de construção civil, hidráulica ou semelhantes, **promovendo a movimentação de materiais**, em seu próprio nome ou de terceiros.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Fica dispensada de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS a empresa de construção civil:

I - que se dedica exclusivamente à atividade profissional relacionada com a construção civil mediante prestação de serviço técnico, tal como: elaboração de planta, projeto, estudo, cálculo, sondagem do solo e assemelhados;

II - que se dedique exclusivamente à prestação de serviço em obra de construção civil, mediante contrato de administração, fiscalização, empreitada ou subempreitada, sem fornecimento de material;

III - sediada em outra unidade da Federação, que preste serviços em obras localizadas em território mineiro, nas condições do inciso anterior. (Grifou-se)

A inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS não é, por si só, prova suficiente para a comprovação da condição de contribuinte, posto que em várias Unidades da Federação tal cadastro, por situações excepcionais, abriga pessoas que não são consideradas contribuintes, conforme definição contida no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

A condição de contribuinte do imposto dos clientes da Consulente deverá ser comprovada por qualquer meio de prova que venha a oferecer convencimento à Autoridade Fiscal, como, por exemplo, uma certidão do Fisco da UF de localização da empresa destinatária atestando efetivos recolhimentos do ICMS.

O Convênio ICMS nº 71, de 24/08/89, ao qual o Estado de Minas Gerais foi signatário até dezembro de 2004, firma entendimento sobre a alíquota aplicável em operação interestadual de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, determinando a adoção da alíquota interestadual nas operações especificadas em sua cláusula primeira, entretanto o mencionado convênio foi denunciado pelo Estado de Minas Gerais em dezembro/04, por meio do Decreto nº 43.923, de 02/12/04. A vigência da denúncia, nos termos do art. 10 deste decreto, deu-se a partir de 1º/01/05.

É interessante lembrar que é vantajoso para o Estado declarar que a empresa de construção civil é contribuinte do ICMS, visto que assim, ficará com parte do imposto, através do diferencial de alíquota. Em regra, a concessão de inscrição no cadastro às empresas de construção civil constitui uma mera formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade do setor.

O Fisco considerou, quando da lavratura do Auto de Infração, como prova em favor da Impugnante aqueles casos em que foram trazidos espelho cadastral e atestados da condição de contribuintes.

Oportuno salientar que a Impugnante concorda com o Auto de Infração em relação a todas construtoras selecionadas, exceto quanto à construtora Asfalto Brasília Ltda, sendo assim, solicita o cancelamento parcial do lançamento e anexa, aos autos, a 4ª(quarta) via de duas notas fiscais.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As notas fiscais apresentadas da Construtora Asfalto Brasília Ltda foram desconsideradas, pois são ilegíveis, faltam dados (transportador), não contém AIDF, o campo valor total (escuro) da Nota Fiscal nº 000168 está diferente da Nota Fiscal nº 000019 e a logomarca Asfalto Brasília (canto esquerdo do documento) está diferente de uma nota para outra.

O ônus da prova da condição de contribuinte da empresa destinatária do produto é da remetente mineira segundo o art. 42, § 12 do RICMS/02, como citado anteriormente.

A Impugnante alega que não há no Regulamento mineiro – Decreto 43.080/02 – qualquer parágrafo ou nota desobrigando as Empresas de Construção Civil do pagamento do diferencial de alíquota, entretanto isso não afeta em nada a autuação.

Segundo a Lei Complementar nº 87/96, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS por não realizarem operações sujeitas ao ICMS com habitualidade. O conceito de contribuinte encontra-se determinado no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 e art. 121, parágrafo único do CTN, estando intimamente vinculado à realização efetiva de operação de circulação de mercadorias e prestação de serviço de transporte ou de comunicação.

Ressalte-se, por oportuno, que conforme legislação do Estado de Minas Gerais, a condição de contribuinte do imposto independe de estar ou não inscrito no Cadastro de Contribuintes do respectivo Estado, sendo necessária a prática habitual de operações relativas à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços definidas como fato gerador do ICMS, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 6.763/75, transcrito abaixo:

Art. 14 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º - A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

Seguindo a mesma linha e com o intuito de dirimir as dúvidas em relação à condição das empresas de construção civil inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, acrescentou-se ao art. 42 do RICMS/02 o § 12, que produziu efeitos a partir de 01/01/05.

De acordo com o dispositivo em comento, a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS não prova que a empresa é contribuinte do imposto, sendo necessária a comprovação pelo emitente, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O conceito de habitualidade, por sua vez, está determinado no § 2º do art. 55 do RICMS/02:

Art. 55 -

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 2º - Entende-se por habitualidade, para fins de tributação, a prática de operações que importem em circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, a qual, pela sua repetição, induz à presunção de que tal prática constitui atividade própria de contribuinte regular.

Quanto a Consulta nº 284/09, não traz nada diferente do que já foi citado acima, resumindo ao teor que interessa, aplica-se alíquota interestadual quando a construtora for contribuinte do imposto e quando não for, aplica-se a alíquota interna.

Os acórdãos julgados pelo Estado de São Paulo foram desconsiderados, uma vez que, com relação às empresas de construção civil, o Estado de Minas Gerais mudou seu entendimento quanto a serem ou não contribuintes do ICMS para, regra geral, considerá-las como não contribuintes do imposto, a partir de 01/05/05, quando o RICMS/02 foi alterado pelo Dec. nº 43.923/04.

Diante de todos os argumentos apresentados, resta incontroverso o tratamento tributário dado pela legislação mineira atual às empresas de construção civil, considerando-as, em regra, como não contribuintes do imposto, para todos os efeitos, o que resulta na obrigação de adquirir mercadorias em operações interestaduais com incidência da alíquota prevista para as operações internas e, do mesmo modo, aplicar nas saídas dos estabelecimentos mineiros, para tais destinatários, a alíquota interna.

Este foi o entendimento desta Casa ao julgar a impugnação referente ao Auto de Infração nº. 01.000154309-85, que resultou no Acórdão nº. 17.903/08/2ª, transcrito a seguir:

“NÃO É SÓ O FATO DE UMA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL ESTAR INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO QUE IRÁ QUALIFICÁ-LA COMO CONTRIBUINTE DO ICMS. EM REGRA, A CONCESSÃO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÀS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL CONSTITUI MERA FORMALIDADE, TENDO COMO OBJETIVO, PRINCIPALMENTE, FACILITAR A MOVIMENTAÇÃO DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E OUTROS BENS INERENTES À ATIVIDADE DO SETOR.

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 FOR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, AINDA QUE INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS DE SEU ESTADO, A ALÍQUOTA APLICADA 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.”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se observa, não há eficácia aos argumentos da defesa levando em conta a legislação aplicável à espécie.

É válido lembrar a recente decisão do Conselho de Contribuintes favorável à Fiscalização por decisão unânime, cuja matéria é idêntica ao presente auto, através do Acórdão 19.653/10/3ª transcrito a seguir:

“ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. CONSTATADO VENDAS DE MERCADORIAS PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL, NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO, LOCALIZADAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, CONTRARIANDO O DISPOSTO NO ART. 42, INCISO II, SUBALÍNEA “A.1”C/C § 12 DA PARTE GERAL DO RICMS/02. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 54, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §7º, todos da Lei nº 6.763/75, pela utilização indevida de alíquota interestadual em operação destinada a não contribuintes localizados em outras Unidades da Federação.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Ivana Maria de Almeida.

**Sala das Sessões, 08 de fevereiro de 2011.**

**Sauro Henrique de Almeida**  
**Presidente**

**Antônio César Ribeiro**  
**Relator**

ACR/EJ