

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.196/11/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000167127-98  
Impugnação: 40.010128411-70  
Impugnante: Asfaltos Califórnia S/A  
IE: 067669996.00-15  
Proc. S. Passivo: Irma Almeida Pereira Vilela/Outro(s)  
Origem: DF/Betim

### **EMENTA**

**ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO.** Constatado vendas de mercadorias a não contribuintes do ICMS, localizados em outras Unidades 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” do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, “f” do RICMS/02. Lançamento procedente. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação de aplicação incorreta de alíquota de ICMS nas vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras Unidades da Federação, em desacordo com o disposto no § 12 do art. 42 do RICMS/02.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da mesma lei c/c art. 215, inciso VI, “f” do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 164/177, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 238/245.

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

Preliminarmente, requer a Impugnante a nulidade do Auto de Infração em razão de vício de Motivação pelo fato de o Fisco não comprovar a condição de não contribuinte das empresas destinatárias. Aduz que o Fisco se baseou em meras conjecturas e, sustenta que os destinatários das mercadorias são contribuintes do ICMS nos atestados emitidos pelos respectivos órgãos fazendários estaduais e consultas ao cadastro SINTEGRA.

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

Rejeita-se a prefacial arguida.

### **Do Mérito**

No mérito, não merece reforma o presente feito fiscal, haja vista que os destinatários das mercadorias atuam no ramo da construção civil, conforme demonstrado às fls. 18 a 24 dos autos.

Outrossim, a Autuada não comprovou de forma inequívoca a condição de contribuinte do imposto dos destinatários das notas fiscais relacionadas no Anexo I do Auto de Infração, ou seja, não demonstrou que as empresas adquirentes das mercadorias realizam, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme dispõe o art. 12, § 1º, “b” da Lei nº 6.763/75 e o art. 155, § 2º, VII, “b” da Constituição Federal.

O Fisco intimou a Autuada às fls. 6/8, em busca da verdade material, a apresentar as provas de que a legislação tributária mineira exige para que se deixe de adotar a alíquota interna nas remessas para empresas de construção civil de outras Unidades da Federação, conforme § 12, art. 42 do RICMS/02.

§ 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).

Embora o Estado de Minas Gerais não considere prova da condição de contribuinte do ICMS o atestado emitido pelos Fiscos estaduais, uma vez que esses estão calcados no Convênio ICMS 137/02 do qual o Estado de Minas Gerais não é parte integrante, nota-se, que a Impugnante não anexou aos autos o atestado de todos os destinatários dos documentos fiscais. E, com relação à Empresa Soemeg apresentou declaração da empresa certificando a condição de não contribuinte.

A condição de contribuinte do imposto independe de 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 à prestação de serviços definidas como fato gerador do ICMS, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

“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.”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Constituição Federal em vigor dispõe em seu art. 155, inc. XII, alínea “a”, que cabe à Lei Complementar definir os contribuintes do ICMS. A Lei Complementar 87/96 assim dispõe:

“Art. 4º - Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, 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.”  
(grifou-se)

Daí verifica-se que, o que determina a condição de contribuinte de uma empresa será a habitualidade com que realiza operações, com intuito comercial, relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto.

A consulta ao cadastro SINTEGRA informa que as empresas destinatárias atuam no ramo da construção civil. As empresas adquirentes não compram cimento asfáltico ou mesmo outras mercadorias para revender, pois, as mercadorias por ela adquiridas não circulam, mas sim, são utilizadas como insumos em suas obras, que lhe permitem realizar a sua atividade fim de construir (não tributada pelo ICMS).

Importante ressaltar a apresentação de documento, às fls. 30 dos autos, apresentado pela própria Autuada, referente ao benefício fiscal inconstitucional do Estado de Rondônia.

Disposições do Item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS/RO:

*19 - Nas aquisições interestaduais de MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO promovidas por contribuintes do ICMS, por ocasião do lançamento do imposto devido por diferença de alíquotas na entrada do Estado de Rondônia, de forma que seja equivalente a 1% (um por cento), nos seguintes percentuais, em função da Unidade da Federação de origem dos bens ou mercadorias:*

(...)

Nota 1: A aplicação do benefício previsto neste item está condicionada a que o contribuinte:

I - atue na atividade econômica da construção civil;

II - empregue os bens ou mercadorias em obra de construção civil executada pelo próprio adquirente beneficiário;

(...)

IV - formalize junto à Coordenadoria da Receita Estadual, Termo de Acordo de Regime Especial, nos termos definidos em Instrução Normativa.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nota 3: O ICMS e a contribuição para o FITHA deverão ser pagos no momento da entrada no território do estado.

Como se vê, ao mesmo tempo em que o Estado de Rondônia atesta a condição de contribuinte, com base no Convênio ICMS 137/02, ele aplica benefício fiscal condicionando-o ainda ao emprego das mercadorias adquiridas nas próprias obras da empresa de construção civil. Tal termo de acordo só vem a corroborar com o entendimento que tais empresas não promovem operações com intuito comercial, sujeitas ao ICMS.

Ressalte-se, ainda, que o benefício fiscal supracitado se deu em desacordo com o art. 155, § 2, inciso XII, alínea “g” da Constituição da República Federativa do Brasil.

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;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (grifou-se)

Nesse sentido assim já se manifestou o Conselho de Contribuintes:

ACÓRDÃO: 17.894/06/3ª

RITO: SUMÁRIO

**“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, § 12º 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, MR E MI PREVISTA NO ART. 54, INCISO VI, DA LEI 6763/75.**

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”  
(GRIFAMOS)

**ACÓRDÃO: 17.455/06/3<sup>a</sup>**      **RITO: SUMÁRIO**

**“EMENTA: ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONSTATADA VENDA DE MERCADORIAS A EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO, LOCALIZADA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, UTILIZANDO, INDEVIDAMENTE, A ALÍQUOTA INTERESTADUAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ARTIGO 42, INCISO II, §12, DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS.**

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE NOTA FISCAL. POR EMITIR NOTA FISCAL COM INDICAÇÃO INCORRETA DA ALÍQUOTA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE CAPITULADA NO ART. 54, INC VI, DA LEI Nº. 6763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”.** (GRIFAMOS)

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 que o remetente obtenha, no ato da remessa, comprovação inequívoca, que a construtora destinatária da mercadoria ou bem realiza o fato gerador do ICMS, praticando com habitualidade operações sujeitas ao imposto.

Prova de condição de contribuinte de fato do ICMS somente se faz através de uma Guia de Informação e Apuração do ICMS (como a DAPI), guia de recolhimento de ICMS normal (como a DAE), ou mesmo uma nota fiscal de venda. Como esperado, nenhum destes documentos foram anexados, simplesmente porque o destinatário não possui, porque não vende mercadorias.

Desta forma, não restou comprovada a condição de contribuinte, que pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, das empresas de construção civil destinatárias da mercadoria da Autuada (cimento asfáltico).

Diante do exposto, ACORDA a 1<sup>a</sup> 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**