

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.207/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167016-48
Impugnação: 40.010128321-89
Impugnante: EMAM - Emulsões e Transportes Ltda
IE: 062212282.01-19
Origem: DF/Betim

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a venda de mercadorias para empresa de construção civil, não contribuinte do imposto, localizada em outro Estado da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a” e § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, majorada em 100% (cem por cento), nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a aplicação incorreta da alíquota interestadual nas operações de venda de mercadorias para destinatários, não contribuintes do imposto, localizados em outros Estados da Federação.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, majorada em 100% (cem por cento), nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 189/190, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 251/257.

DECISÃO

Versa o presente feito sobre a aplicação incorreta da alíquota interestadual nas operações de venda de cimento asfáltico para destinatários, não contribuintes do imposto, localizados em outros Estados da Federação, em desacordo com o disposto no § 12 do art. 42 do RICMS/02, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

Inicialmente, cumpre destacar que não há que reformar o presente lançamento tributário, haja vista que os destinatários das mercadorias atuam no ramo da construção civil, conforme demonstrado às fls. 25/41.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se da leitura dos autos que a Autuada não logrou comprovar, 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 realizam, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme dispõem o art. 12, § 1º, b da Lei nº 6.763/75 e o art. 155, § 2º, VII, b da Constituição Federal.

Como se observa, a documentação que compõe os autos afasta as pretensões da defesa no caso vertente. O Fisco intimou a Autuada às folhas 9 e 11/13, em respeito ao princípio da busca da verdade material, para apresentar documentos no sentido de comprovar que os destinatários realizam, de forma habitual, operações relativas à circulação de mercadorias, conforme disposto no art. 42 do RICMS/02. Veja-se:

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)

Embora o Estado de Minas Gerais não considere prova da condição de contribuinte do ICMS o atestado emitido pelos Fiscos estaduais, por motivos que serão a seguir expostos, nota-se que a Impugnante não anexou aos autos o Atestado de Contribuinte de todos os destinatários dos documentos fiscais. Com relação à Empresa Soemeg, foi apresentada uma declaração da empresa atestando a condição de não contribuinte.

Imprescindível esclarecer que todos os atestados emitidos estão calcados no Convênio ICMS 137/02, do qual, saliente-se, o Estado de Minas Gerais não é parte integrante.

Ressalte-se, por oportuno, que 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea *a*, que cabe à lei complementar definir os contribuintes do ICMS. Assim, em observância ao disposto na Carta Magna, a Lei Complementar nº 87/96 estabelece:

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).

Constata-se, então, 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 em comento.

Ademais, verifica-se que o ordenamento jurídico nacional qualifica a construção civil como atividade de pertinência a serviços, pelo que as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

A consulta ao cadastro Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (SINTEGRA), informa que as empresas destinatárias atuam no ramo da construção civil. As empresas adquirentes não compram cimento asfáltico ou mesmo outros produtos para revender, pois, as mercadorias por ela adquiridas não circulam, mas, são utilizadas como insumos em suas obras, que lhe permitem realizar a sua atividade fim, qual seja, construção civil (não tributada pelo ICMS).

Em regra, a concessão de inscrição estadual 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. E, somente será contribuinte do ICMS excepcionalmente quando, por exemplo, fazer circular mercadoria fora do canteiro de obra.

Os fatos evidenciam um caso típico da chamada “guerra fiscal” promovida pelos Entes Federados, especialmente pelos Estados situados nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, beneficiados com a aplicação da alíquota interestadual reduzida nas aquisições realizadas por seus contribuintes.

A Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, acertadamente, não reconhece as empresas do ramo da construção civil como contribuintes do ICMS, apesar de fornecer a elas a inscrição estadual para facilitar a movimentação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade do setor, como já mencionado acima.

Devido ao interesse em receber o percentual conhecido como “diferencial de alíquota” ou incentivar a atividade econômica, alguns Estados e seus Órgãos de Fiscalização não medem esforços para incrementar suas receitas, fornecendo declarações ou certidões com omissão de informações. Fato este aqui evidenciado pela própria Autuada com a apresentação de documentos (fl. 30) referente a 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.

(...)

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

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

Destaca-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, *in verbis*:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Importante lembrar que a cobrança do “diferencial de alíquota” das empresas de construção civil relativo ao ICMS, procedimento fiscal adotado pelo Fisco de Mato Grosso, contraria decisão do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou por meio do Informativo nº 175:

INFORMATIVO 175

ICMS E CONSTRUTORAS

A EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, QUANDO ADQUIRE MERCADORIAS EM OUTRO ESTADO PARA UTILIZAÇÃO EM OBRA CONTRATADA COM TERCEIRO, NÃO ESTÁ SUJEITA À COBRANÇA DA DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL DO ICMS PREVISTA NO ART. 155, § 2º, VIII DA CF, JÁ QUE NÃO É CONSUMIDORA FINAL DOS BENS ADQUIRIDOS, OS QUAIS NÃO CONSUBSTANCIAM NOVA MERCADORIA E SIM UM SERVIÇO PRESTADO. ("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; 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;"). AG (AgRg) 242.276-GO, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, 16.12.99.

Nesse sentido, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 17.455/06/3ª

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 ART. 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, INCISO VI, DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Como visto, as decisões do STF coadunam com o entendimento do Estado de Minas Gerais, no momento em que as empresas construtoras são reconhecidas como não contribuintes e, concomitantemente, não mais se sujeitam à cobrança do diferencial de alíquota. Ao adquirir mercadorias com alíquotas interestaduais (7% ou 12%), estariam estas empresas praticando enriquecimento ilícito, se locupletando de parcela do ICMS que caberia ao Estado remetente (nesse caso Minas Geras), visto que, se adquirissem as mercadorias no próprio Estado estariam sujeitas à alíquota interna do imposto nele vigente. Dessa forma, pagariam um valor bem menor sobre as mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação, em detrimento das mercadorias adquiridas internamente.

Nestes termos, verifica-se 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 realiza o fato gerador do ICMS, praticando com habitualidade operações sujeitas ao imposto.

Prova de condição de contribuinte de fato do ICMS se faz por meio 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências anteriores à 22/09/05, nos termos do art.150, § 4º do CTN. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2011.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

ACR/cam

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.207/11/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000167016-48	
Impugnação:	40.010128321-89	
Impugnante:	EMAM - Emulsões e Transportes Ltda	
	IE: 062212282.01-19	
Origem:	DF/Betim	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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 autuação versa sobre a aplicação incorreta da alíquota interestadual, no período de 01/06/05 a 31/12/09, nas operações de venda de cimento asfáltico para destinatários, não contribuintes do imposto, localizados em outros Estados da Federação, em desacordo com o disposto no § 12 do art. 42 do RICMS/02, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

O início da ação fiscal que culminou na autuação se deu em 24/06/10 e, parte do lapso temporal do AI (parte do exercício de 2005) escapa àquele que poderia ser validamente cobrado.

Conforme relatado pelo Fisco e, exposto acima, encontra-se caracterizada a infração, conforme decisão da Câmara, mas tem-se que o Auto de Infração foi recebido pela Autuada, em 22/09/10, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente a uma parcela do exercício de 2005, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior a 22/09/05, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com o recebimento do Auto de Infração em 22/09/10.

Isto posto, a divergência de meu voto é para excluir as exigências anteriores a 22/09/05, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2011.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MIG