

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.047/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166757-44
Impugnação: 40.010128217-81
Impugnante: Betunel Indústria e Comércio Ltda
IE: 067184494.02-91
Proc. S. Passivo: Maria Aparecida Kasakewitch Caetano Vianna/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, utilizando-se indevidamente a alíquota interestadual, em desconformidade com o disposto no art. 42, § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da autuação

A autuação versa sobre a acusação fiscal de recolhimento a menor de ICMS em operações destinadas a empresas de construção civil situadas em outros Estados, mediante utilização da alíquota interestadual, ao invés da alíquota prevista para as operações internas, no período de março de 2005 a outubro de 2009.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e Multa Isolada prevista no art. 54, inc. VI, ambos da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído, dele constando, dentre outros, a seguinte documentação:

- Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fls. 02);
- Auto de Infração - AI (fls. 04/05);
- Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 06);
- Relatório Fiscal (fls. 07/10);
- planilha referente às operações destinadas às empresas de construção civil, objeto da autuação (fls. 12/13);
- demonstrativo do crédito tributário (fls. 15);
- “Termo de Intimação JMCA 13/10” encaminhado à Autuada, no âmbito do qual lhe é exigido a comprovação inequívoca da condição de contribuinte do ICMS,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relativamente às empresas de construção civil para as quais remeteu seus produtos (fls. 17);

- cópias reprográficas de comprovantes de recolhimento do ICMS, efetuado pela Construtora N. Mamed Ltda. (fls. 20/22);

- cópias reprográficas das notas fiscais e DANFE(s) (Documento auxiliar de nota fiscal eletrônica) referentes às operações que ensejaram o Auto de Infração em questão (fls. 24/59);

- cópias dos livros fiscais da Autuada (livro Registro de Saídas e livro Registro de Apuração do ICMS: fls. 61/130);

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 143/146, argumentando, em síntese, o que se segue.

De início, ressalta que foi objeto de autuação o total de 34 (trinta e quatro) operações, sendo que 30 (trinta) delas se referem a operações destinadas à sociedade empresária “Construtora Castilho S/A”, situada no Estado de Rondônia, a qual afirma ser efetivamente contribuinte do ICMS.

Em seguida, afirma que em momento algum foi solicitado pela Fiscalização a comprovação da situação fiscal dos destinatários das operações autuadas, providência esta que, caso tivesse sido tomada, evitaria a lavratura do Auto de Infração.

Isto posto, insiste que inexistente erro de sua parte na adoção da alíquota interestadual, eis que a mencionada Construtora Castilho S/A figura como contribuinte do imposto, consoante está a demonstrar o Ofício nº 105/2010, expedido pela Gerência de Tributação da Secretaria de Estado de Finanças do Estado de Rondônia (fls. 202).

Informa, ademais, que vinha sendo autuada pelo Fisco daquele Estado em decorrência da falta de destaque da alíquota interestadual nas operações destinadas a empresas de construção civil situadas em seu território. Assim, no intuito de evitar novas autuações peticionou ao Fisco de Rondônia solicitando informações acerca da situação (se contribuinte do ICMS ou não) das empresas com as quais transaciona.

Aduz, ainda, que não tem dúvida de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, tanto assim que utilizou a alíquota interna em grande parte das suas vendas. Todavia, pondera que tal regra comporta exceções, sendo que incumbe aos próprios Estados definirem se determinada empresa é ou não contribuinte do imposto, razão pela qual efetuou consulta neste sentido.

Por fim, pede o cancelamento do Auto de Infração ou, se assim não entender este órgão julgador, requer a exclusão das operações firmadas com a sociedade empresária “Construtora Castilho S/A”.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, por seu turno, se manifesta às fls. 210/214, argumentando, a princípio, que não procede a afirmação da Impugnante de que não lhe teria sido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

solicitada a comprovação da situação fiscal dos destinatários de suas operações, haja vista a lavratura do “Termo de Intimação JMCA 13/10”, juntado às fls. 17 dos autos.

Menciona, em reforço às suas considerações, que em decorrência da dita intimação a Impugnante apresentou comprovantes de recolhimento do ICMS normal apenas em relação à Construtora N. Mamed Ltda. (fls. 20/22), cujas operações foram excluídas do Auto de Infração face à comprovação inequívoca da condição de contribuinte neste caso.

Com referência à manifestação do Fisco do Estado de Rondônia, assevera que esta implica numa presunção de que o destinatário das mercadorias é contribuinte do imposto, ao passo que o § 12 do art. 42 do RICMS/02 exige, no entanto, que o remetente comprove, de modo inequívoco, que o respectivo destinatário realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Assim sendo, ressalta que a condição de contribuinte há de ser comprovada por meio de elementos capazes de assegurar que a empresa de construção civil promove, efetivamente, recolhimento do imposto, tal como carreado aos autos no tocante à retromencionada Construtora N. Mamed Ltda.

Em seguida, passa a discorrer acerca da definição legal e regulamentar de contribuinte, cita precedentes deste Conselho de Contribuintes e, ao final, pede pela manutenção do feito fiscal.

DECISÃO

Do Mérito

Conforme se depreende do relato acima, o cerne da controvérsia instaurada no âmbito do presente processo reside precisamente em definir se as empresas de construção civil situadas em outras unidades da federação, destinatárias das operações de que se cuida, amoldam-se ou não ao conceito legal de contribuinte. Uma vez esclarecida esta questão, ter-se-á por definida também a alíquota aplicável em tais operações.

Com efeito, a teor do disposto no art. 155, § 2º, inciso VII da Constituição da República, temos que:

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;

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 dele;

Neste diapasão, resulta evidenciado que o critério norteador a ser observado para fins de definição da alíquota aplicável nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final consiste, como visto, no fato do destinatário das mercadorias ou do serviço figurar ou não como contribuinte do imposto.

Destarte, cumpre perquirir como a matéria encontra-se disciplinada no ordenamento jurídico, em cujo contexto aprouve ao legislador inserir a seguinte definição:

Lei nº. 6.763/75:

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.

Vê-se, portanto, que a condição de contribuinte está condicionada à efetiva realização do fato gerador do tributo, independentemente de estar a pessoa regularmente constituída ou registrada, norma esta que se encontra assente com as disposições contidas no art. 118 e também no art. 126 do Código Tributário Nacional.

Em outras palavras, temos que a falta de inscrição no cadastro não retira a condição de “contribuinte” da pessoa que realiza a operação relativa à circulação de mercadoria e/ou a prestação de serviço alcançada pelo ICMS, do mesmo modo que a mera inscrição no dito cadastro, de *per si*, não a coloca em tal condição. Casos há em que, por razões de controle fiscal, são concedidas inscrições no cadastro de contribuintes estadual para empresas e instituições que ordinariamente não desempenham atividades insertas no âmbito de incidência do ICMS.

Exemplo disto é exatamente a situação das empresas de construção civil, cuja atividade precípua, não obstante inserida no campo de incidência do ISS, requer a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, haja vista a necessidade de acobertamento documental dos materiais utilizados em suas obras (cf. Anexo IX do RICMS/02: art. 178, inc. II).

Como é sabido, tal cenário tem gerado, de há muito, uma série de discussões e controvérsias envolvendo o Fisco e os contribuintes em questão, notadamente no que concerne às operações interestaduais. Com efeito, constatou-se que frequentemente, ao adquirir mercadorias provenientes de outros estados, tais contribuintes se valiam da sua

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inscrição no cadastro de contribuintes de modo a justificar a utilização da alíquota interestadual e, em momento subsequente, quando instados a recolher o diferencial de alíquotas, negavam-se a fazê-lo ao argumento de que não eram contribuintes do ICMS e sim do ISS.

Vale ressaltar, por oportuno, que a inexigibilidade do diferencial de alíquotas em relação às empresas de construção civil tem sido reiteradamente afirmada por nossos tribunais, conforme se depreende dos julgados abaixo, colacionados à guisa de exemplificação:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - NÃO INCIDÊNCIA. A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS POR CONSTRUTORA CIVIL PARA SEREM APLICADOS EM SUA ATIVIDADE-FIM NÃO ESTÁ SUJEITA À INCIDÊNCIA DE ICMS. AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELAS PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DE SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS (TJMG: PROCESSO Nº 1.0704.05.031013-2/001(1), NÚMERO CNJ: 0310132-58.2005.8.13.0704, RELATOR: GERALDO AUGUSTO, RELATOR DO ACÓRDÃO: GERALDO AUGUSTO, DATA DO JULGAMENTO: 18-08-09, DATA DA PUBLICAÇÃO: 04-09-09)

REsp 1135489 (2009/0069502-3 - 01/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO – OCORRÊNCIA - ICMS - CONSTRUÇÃO CIVIL - AQUISIÇÃO PARA UTILIZAÇÃO EM OBRAS PRÓPRIAS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INDEVIDO RESP 1135349/AL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

2. ESTA CORTE PACIFICOU O ENTENDIMENTO, CONSOANTE JULGAMENTO REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC, NO SENTIDO DE QUE NA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO CIVIL POR EMPRESAS DO RAMO PARA APLICAÇÃO EM OBRAS PRÓPRIAS, NÃO INCIDE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DO TRIBUTO.

EDcl NO REsp 1140585 (2009/0175287-8 - 17/05/2010)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - VENDA A EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - ALÍQUOTA INTERESTADUAL - DESCABIMENTO – RESP 1135349/AL - ART. 543-C DO CPC

1. A ALÍQUOTA INTERESTADUAL É APLICÁVEL NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDA DE BENS OU MERCADORIAS COM EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL QUANDO ESTAS APLICAM OS BENS OU MERCADORIAS EM OBRAS REALIZADAS SOB SUA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SUPERVISÃO OU QUANDO REVENDEM AS MERCADORIAS A TERCEIROS. NO MESMO SENTIDO É O ART. 7º, § 2º, I, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003.

2. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO PARA APLICAÇÃO EM OBRA PRÓPRIA CARACTERIZA CONSUMO E AFASTA A QUALIDADE DE CONTRIBUINTE DO IMPOSTO, SENDO DEVIDA A ALÍQUOTA INTERNA. PRECEDENTES DO STJ.

3. QUESTÃO JURÍDICA PACIFICADA NO RESP 1135349/AL, REL. MIN. LUIZ FUX, J. 09.12.2009, DJE 01.02.2010.

4 RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

É de se destacar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a superveniência (em 2010) da Súmula nº 432, com o seguinte teor: “*As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.*”

Isto posto, ante a necessidade de disciplinar tal situação, o Estado de Minas Gerais cuidou de denunciar o Convênio ICMS nº 71/89, com vigência a partir de 1º/01/05, data esta em que também passou a vigorar o § 12 do art. 42 do RICMS/02, acrescido por meio do Decreto nº. 43.923/04 (art. 3º), *in verbis*:

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.** (grifou-se)

Vê-se, portanto, que desde aquela data a legislação impõe ao remetente das mercadorias o ônus de comprovar que o destinatário realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias, vale dizer, que o destinatário, a par da sua atividade de construção civil (fato gerador, como visto, do ISS), realiza também atividades inseridas no âmbito de incidência do ICMS, resultando daí a sua condição de contribuinte deste imposto estadual.

Sobreleva destacar que a norma em questão alude à comprovação “**inequívoca**”, sendo de fundamental importância, para o deslinde da discussão instaurada nos presentes autos, a perfeita compreensão da inovação consubstanciada neste adjetivo.

Destarte, consoante exposto acima, a mera comprovação de estar a pessoa inscrita no cadastro de contribuintes não é prova bastante da sua condição de contribuinte, mormente em se tratando de empresa de construção civil, haja vista a situação anteriormente descrita. Afigura-se imprescindível a demonstração de que se está a tratar de *efetivo contribuinte do ICMS*, como tal entendido todo aquele que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realiza operações ou prestações elencadas constitucionalmente como aptas a ensejar a cobrança do imposto.

Daí a necessidade da comprovação “inequívoca” a que se refere a legislação vigente.

Dito de outro modo, não se nega que a inscrição no cadastro respectivo é indício da condição de contribuinte do ICMS, até porque esta é uma obrigação imposta a todos quantos se enquadrem em tal condição. Ocorre, todavia, que, em se tratando de empresas de construção civil, caso se tome a simples inscrição no cadastro como prova hábil para tanto, estar-se-ia negando qualquer sentido à inovação regulamentar implementada no § 12 do art. 42 do RICMS, uma vez que tal conclusão já poderia resultar da legislação em vigor antes da referida alteração, tornando-a, assim, inócua.

Vale mencionar, a propósito, que referido entendimento é endossado em reiterados pronunciamentos da Superintendência de Tributação (v.g., Consultas de Contribuinte nº 213/2005 e nº 004/2010, Orientação DOLT/SUTRI nº 002/2005, dentre outros).

Nesta perspectiva, tendo presente tão somente a informação aposta no Ofício nº 105/2010, expedido pela Gerência de Tributação da Secretaria de Estado de Finanças do Estado de Rondônia (fls. 202), a que se refere a Impugnante em sua peça de defesa, não se pode afirmar de modo inequívoco que a sociedade empresária “Construtora Castilho S/A” realize operações e/ou prestações alcançadas pela incidência do ICMS.

Assim sendo, diversamente das provas apresentadas relativamente à Construtora N. Mamed Ltda. (comprovantes de recolhimento do ICMS, juntados às fls. 20/22), a Impugnante não logrou êxito em comprovar, *nos termos requeridos pela legislação*, a condição de contribuinte dos destinatários das operações objeto do Auto de Infração por ela combatido.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências relativas às operações que tenham como destinatária a Construtora Castilho S/A em face da declaração de fls. 202. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 18 de janeiro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.047/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166757-44
Impugnação: 40.010128217-81
Impugnante: Betunel Indústria e Comércio Ltda
IE: 067184494.02-91
Proc. S. Passivo: Maria Aparecida Kasakewitch Caetano Vianna/Outro(s)
Origem: DF/Betim

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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.

O lançamento em análise refere-se à imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de março de 2005 a outubro de 2009, em razão da aplicação de alíquota interestadual nas operações de saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, subalínea “a.1” c/c § 12º do RICMS/02.

Consta do relatório do Auto de Infração que a Impugnante não apresentou comprovação inequívoca da condição de contribuinte do ICMS das empresas destinatárias, conforme termo de intimação recebido, exceto da Construtora N Mamed Ltda, em relação à qual foram apresentados comprovantes de recolhimento do ICMS.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75 respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 54, incisos VI.

Importante destacar que a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência encontra-se centrada na questão afeta à utilização da alíquota interestadual em operações que destinam mercadorias a empresa de construção civil e às exigências a ela relativa.

Nesta linha a exigência de ICMS é relativa à diferença entre o imposto que o Fisco entende devido nas operações realizadas e aquele regularmente destacado na notas fiscais relacionadas nos autos.

A Impugnante argumenta que as destinatárias das mercadorias são contribuintes de ICMS, conforme atestam suas inscrições estaduais devidamente consultadas junto ao cadastro SINTEGRA/ICMS, e que praticam com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, sendo que a alíquota a ser destacada nas notas fiscais objeto de autuação seria a interestadual e não a alíquota interna como quer o Fisco.

Alinhada com seus argumentos teóricos a Impugnante juntou, além das consultas públicas ao cadastro SINTEGRA/ICMS (fls. 197/198), consultas às Secretarias de Fazenda dos estados de destino (fls. 199/201) e declaração prestada pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Secretaria do Estado de Finanças de Rondônia (fl. 202) relativa à condição de contribuinte de um dos destinatários das notas fiscais autuadas (Construtora Castilho S/A).

O Fisco, em sua manifestação, discorda da alegação da Defendente por entender que o fato de os destinatários das mercadorias possuírem inscrição no cadastro de contribuintes não é prova suficiente para qualificar as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS pela habitualidade de realizar operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto.

Contudo, como destacado anteriormente, ressalta que não promoveu a autuação em relação à empresa para a qual fora apresentadas guias de arrecadação estadual.

Para se chegar a uma conclusão sobre as exigências formalizadas pelo Auto de Infração em apreciação é necessária a verificação das provas em conjunto com as normas que regem a matéria.

Desta análise é possível verificar que, segundo determina o art. 42, inciso II, alíneas “b” e “c” do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 43.080/02, a alíquota a ser destacada nas notas fiscais objeto da autuação, pelo menos no que tange às operações com a Construtora Castilho S/A, seria a alíquota interestadual e não a alíquota interna como quer o Fisco, por considerar a destinatária não contribuinte do ICMS, *in verbis*:

“Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

.....

II - nas operações e prestações interestaduais:

.....

b) 7% (sete por cento), quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado no Estado do Espírito Santo ou nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

c) 12% (doze por cento), quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões Sul e Sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo;

.....”

O Estado de Minas Gerais, como é sabido, a partir de 1º de janeiro de 2005, alterou seu entendimento passando a considerar como contribuintes do ICMS somente as empresas de construção civil que realizassem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Com esta mudança de entendimento o Estado de Minas Gerais, passou a não mais exigir a diferença entre as alíquotas nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias pelas empresas de construção civil, ressalvadas aquelas que realizassem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Entretanto, nem todos os estados alteraram seu posicionamento em relação à matéria. Respeitados os princípios de regência do ICMS, que é um imposto cuja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

competência para legislar, ressalvadas as questões postas na Constituição Federal de 1988, é do próprio estado, não há como não se acolher o que o estado de destino da mercadoria entende sobre a questão.

Frise-se aqui que a determinação de alíquotas interestaduais está diretamente ligada à repartição de receitas entre os estados. Assim, esta não se constitui benefício para o contribuinte, mas uma técnica de tributação que permite a repartição da arrecadação nas operações interestaduais entre os estados de origem e de destino.

Dentro desse enfoque, no que concerne às saídas de mercadorias do Estado de Minas Gerais em operações interestaduais para empresas de construção civil, este passou a exigir o destaque do imposto à alíquota interna, salvo a comprovação, pelo remetente, de que a destinatária realize, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, nos termos do § 12 do art. 42 do RICMS/02, *in verbis*:

"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.

....." (grifos não constam do original)

Cabe destacar o que dispõe o art. 4º da Lei Complementar n.º 87/96, o qual define como contribuinte de ICMS toda pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, *in verbis*:

"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."

No caso dos autos, o Fisco, por entender que as destinatárias não seriam contribuintes do imposto, sustenta que a alíquota que deveria ter sido aplicada nas operações seria a alíquota interna, conforme o mandamento do mesmo art. 42, inciso II, porém, subalínea "a.1", *in verbis*:

"Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

.....
II - nas operações e prestações interestaduais:
a - as alíquotas previstas no inciso anterior:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

.....”

Assim, o cerne da questão resume-se em precisar a condição das destinatárias das mercadorias, se são ou não contribuintes do ICMS, uma vez que a localização das mesmas em outros estados é ponto incontroverso na presente demanda.

Embora a inscrição estadual, por si só, não seja pressuposto determinante à caracterização de contribuinte do ICMS, esta já é uma forte indicação da consideração de contribuinte pelo estado em que a empresa está instalada.

A diferenciação de alíquotas, internas e interestaduais, como já dito e deve ser repetido pela relevância, tem como objetivo propiciar ao estado destinatário o recolhimento a seu favor. No caso em análise, com relação à empresa Construtora Castilho S/A, as provas dos autos conduzem ao entendimento de que ainda que esta tenha como atividade a construção civil, também pratica operações de circulação de mercadorias.

Note-se ainda que à fl. 202 encontra-se declaração prestada pela própria Secretaria do Estado de Finanças de Rondônia (Coordenadoria da Receita Estadual – Gerência de Tributação) de que a Construtora Castilho S/A é contribuinte do ICMS naquele estado.

Acresça-se ainda que esta declaração é assinada pelo Senhor Ciro Muneo Funada – Coordenador Geral da Receita Estadual de Rondônia, que também assina o Parecer Normativo n.º 01/08, publicado no Diário Oficial do Estado de Rondônia que trata do *“lançamento do ICMS em operações de aquisição interestadual por empresas que se apresentam em algumas operações como contribuintes do ICMS e em outras como contribuintes do ISSQN”*

No citado parecer é dito textualmente que:

“CONCLUSÃO

1. No caso das empresas que são contribuintes do ISSQN e do ICMS será delas a responsabilidade de, quando realizarem aquisições de mercadorias de outras unidades da federação, indicarem ao fornecedor se estão realizando a aquisição na condição de contribuintes do ISSQN ou do ICMS;

2. O Fisco rondoniense presumirá, no momento da entrada da mercadoria no estado, que as aquisições em cujas notas fiscais se utilize a alíquota interestadual sejam destinadas a contribuinte do ICMS, e lançará o imposto devido a título de diferença entre alíquotas ou por antecipação, exceto quando existir decisão judicial que declare ser a empresa adquirente apenas prestadora de serviços sujeita ao ISSQN.

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, considerando a norma do estado de destino conjugada com a declaração prestada por este mesmo estado, correta a utilização da alíquota interestadual nas operações realizadas com a Construtora Castilho S/A.

Lembre-se que a obrigação do recolhimento do diferencial de alíquotas é própria dos contribuintes do ICMS, mas este é devido ao estado de destino. Desta forma, comprovado que tal empresa enquadra-se como contribuinte do ICMS, as exigências relativas às notas fiscais para ela emitidas devem ser canceladas.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às operações que tenham como destinatária a empresa Construtora Castilho S/A em face da declaração de fl. 202.

Sala das Sessões, 18 de janeiro de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**