

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.892/11/3ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000165393-95  
Impugnação: 40.010127883-84  
Impugnante: Petrobrás Distribuidora SA  
IE: 067059023.30-91  
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)  
Origem: DF/Betim

### **EMENTA**

**ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA – CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL.** Constatou-se venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, todos da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02. Lançamento procedente. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

#### **Da Autuação**

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2005 a outubro de 2009, 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, subalínea “a.1” e § 12 do RICMS/02.

Exige-se ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da mencionada lei, c/c o disposto no art. 215, inciso VI, alínea “f” da Parte Geral do RICMS/02.

#### **Da Impugnação e da Manifestação Fiscal**

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.091/2.111, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2.121/2.130.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de relatar os fatos ocorridos, transcrever ementas de acórdãos, invocar a Consulta de Contribuinte nº 039/01, citando o princípio da segurança jurídica.

Aduz sobre a correta aplicação da alíquota interestadual, cita o Convênio nº 71/89, cita julgados do STJ e descreve sobre a natureza de contribuinte de ICMS das empresas de construção civil.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tece outros comentários sobre a certeza de seu procedimento, descreve sobre o caráter confiscatório da multa e pede, ao final, pela improcedência do Auto de Infração em análise, conversão do julgamento em diligência, o afastamento da multa de 50% (cinquenta por cento) e o deferimento de produção de prova documental suplementar.

O Fisco, por sua vez, rebate os argumentos da Impugnante, entende correto o trabalho fiscal e pede pela sua manutenção integral.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 2.117 dos autos.

### **Do Parecer da Assessoria**

A Assessoria deste Conselho, em parecer de fls. 2134/2144, opina, em preliminar, pelo indeferimento dos pedidos formulados pela Impugnante e, quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

### **DECISÃO**

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

### **Da Preliminar**

#### **Do Pedido de Perícia**

A Impugnante requer a produção de prova pericial e formula os quesitos de fls. 2.109/2.110, no sentido de se verificar:

- se todos os clientes destinatários das mercadorias são pertencentes ao ramo da construção civil;
- se todos os clientes referidos no item anterior estão inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS do estado de destino;
- se todas as operações (saídas) interestaduais foram destinadas às empresas do ramo de construção civil, regularmente inscritas nos estados (de destino das mercadorias) como contribuintes do ICMS, de acordo com os itens acima;
- se a Impugnante, de acordo com a Consulta de Contribuintes N° 039/2001, aplicou alíquotas previstas para operações interestaduais, sempre considerando o Estado de destino.

Pede, ainda, que seja deferida prova documental suplementar.

No tocante a este último pedido, a Impugnante sequer indica o que pretende provar, não sendo caso de deferimento.

Relativamente aos demais questionamentos apontados no pedido de diligência, à exceção da regularidade das inscrições nos estados destinatários, a resposta é positiva para os todos os itens, ou seja: as mercadorias foram remetidas para empresas do ramo da construção civil, sediadas em outros Estados da federação, inscritas nos cadastros estaduais do ICMS.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais respostas encontram-se comprovadas nos autos, não só pela própria denominação dos destinatários, como também, pelos documentos juntados pelo Fisco às fls. 1.981/2.035, que compõem o denominado “Anexo VIII”.

A discussão se os destinatários são contribuintes do imposto é uma questão de mérito do lançamento e será abordado no espaço próprio.

Ademais, as respostas pretendidas não teriam o condão de alterar o lançamento, pois o que se discute no presente feito é o fato da comprovação inequívoca de que as empresas destinatárias realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/08 (RPTA), ao tratar sobre o pedido de prova pericial, estabelece no seu art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, *in verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

(...)

Dessa forma, observado o disposto no art. 154, inciso III do RPTA, indefere-se o pedido de perícia formulado, com fundamento na alínea “a” do inciso II, § 1º do art. 142 retrocitados.

### **Do Mérito**

A autuação versa sobre a constatação de que o Contribuinte efetuou vendas para empresas de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se indevidamente de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a.1” e § 12º do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, nos termos do art. 56, inciso II, e Multa Isolada, prevista no art. 54, inciso VI, todos da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

A relação dos documentos fiscais, a base de cálculo adotada e o cálculo da diferença de ICMS encontram-se lançados na planilha de fls. 14/24.

Para apuração da base de cálculo, o Fisco tomou o valor da mercadoria com incorporação de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento) do valor do imposto e agregou a este valor o complemento da incorporação equivalente a 11% (onze por

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cento) ou 6% (seis por cento). A título de exemplo, a Nota Fiscal nº 027341 de 03/01/05 (fls. 41):

Equação: valor da mercadoria – imposto destacado : 0,82 = BC

Resultado = R\$ 9.126,44 – R\$ 638,85 : 0,82

= R\$ 8.487,59 : 0,82

= R\$ 10.350,72

Em sua defesa, a Impugnante salienta que as operações de natureza interestadual devem ser tributadas à alíquota interestadual quando o adquirente for contribuinte do imposto e à alíquota interna quando a mercadoria for vendida a consumidor final, conforme previsto no art. 155, inciso VII da Constituição Federal.

Cita decisões oriundas do Estado de São Paulo, que se coadunam com suas pretensões, bem como a Consulta de Contribuintes nº. 039/2001, de 04/04/01, referente ao PTA nº. 16.000051692-47, cuja origem é Salinas-MG, com a seguinte ementa:

Construção Civil - Operações Interestaduais - Alíquota Aplicável - Nas operações interestaduais que destinem bens e mercadorias à empresa de construção civil, para emprego em obras contratadas que execute sob sua responsabilidade, aplica-se a alíquota prevista para operações interestaduais.

Ressalta que por simetria, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, não poderia a Fiscalização aplicar entendimento diverso quando o caso concreto é exatamente o mesmo, e que a própria Fazenda de Minas Gerais em resposta à Consulta entende que deve ser aplicada a alíquota interestadual, o que tornaria insustentável que, em operação análoga, a Impugnante tivesse que aplicar alíquota interna.

Sustenta que é lícito à Impugnante fazer a aplicação da alíquota interestadual com base também no Convênio nº 71/89, do qual Minas Gerais é signatário, aplicando as alíquotas interestaduais.

Assevera, também, que é dever legal da adquirente dar a destinação correta/condizente às mercadorias adquiridas e que não cabe à Impugnante fiscalizar a destinação dada às mercadorias vendidas, nem ao Fisco imputar à Autuada que o faça.

Alega, ainda, que não cabe exigir da Impugnante que ao efetuar a venda interestadual, fiscalize se o adquirente dará a destinação condizente com a alíquota aplicada na operação de venda, pois não há norma legal obrigando um a fiscalizar, e o outro a suportar a fiscalização de seu fornecedor.

Reitera que a conduta da Impugnante no sentido de considerar as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS decorre de previsão legal (Convênio e legislações estaduais).

Afirma que as empresas de construção civil agem, eventualmente, como contribuintes do ICMS, uma vez que realizam o fato gerador do imposto. Dessa forma, a inscrição dessas empresas no Sintegra demonstra que agem como contribuintes do

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto estadual e que o cadastro de contribuintes serve para atribuir à determinada pessoa jurídica ou física a condição de contribuinte regular perante o ICMS.

Reitera, também, que é fato que as empresas de construção civil, por força de lei, são contribuintes eventuais do ICMS, sendo obrigadas ao recolhimento do imposto em determinadas situações.

Assevera que o Fisco, de maneira descuidada, por não observar o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, quer levar a crer que as empresas de construção civil não seriam contribuintes do ICMS por não realizarem operações sujeitas ao ICMS com habitualidade.

Sem razão, no entanto, a defesa. A solução para a *questio juris* que se apresenta está centrada em dois pilares: o aspecto temporal da norma tributária e a condição de contribuinte do ICMS das empresas de construção civil.

No primeiro caso, 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.

Ocorre, entretanto, que o mencionado convênio fora denunciado pelo Estado de Minas Gerais em dezembro de 2004, conforme disposto no art. 9º do Decreto nº 43.923 de 02/12/04 e a vigência da denúncia, nos termos do art. 10 do mencionado decreto, a partir de 01/01/05.

A decisão do Fisco do Estado de São Paulo e a Consulta de Contribuintes trazida pela defesa não podem ser considerados, uma vez que, em 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 Decreto nº 43.923/04.

O ônus da prova da condição de contribuinte da empresa destinatária do produto passou então, para o remetente mineiro, nos termos do § 12 do art. 42 do RICMS/02, com vigência a partir de 01/01/05, exigindo, assim, utilização da alíquota interna nas remessas interestaduais para empresas de construção civil. O texto normativo assim dispõe:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

§ 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Na outra hipótese, pode-se afirmar que a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS não é prova suficiente para a comprovação da condição de contribuinte, posto que em várias Unidades da Federação (UF) 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 Autuada deve 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 em operações de circulação de mercadorias.

Quanto à afirmativa da Impugnante de que o Fisco mineiro, por não observar a Lei Complementar nº 87/96, quer levar a crer que as empresas de construção civil não seriam contribuintes do ICMS por não realizarem operações sujeitas ao ICMS com habitualidade, cabe destacar que o conceito de contribuinte encontra-se determinado em legislação federal, no art. 121, parágrafo único do Código Tributário Nacional - CTN e no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, 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 para a 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.

Com efeito, constata-se a condição de contribuinte de uma pessoa física ou jurídica em decorrência da 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, adiante transcrito:

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, o legislador infralegal acrescentou ao art. 42 do RICMS/02 o § 12, que produziu efeitos a partir de 01/01/05, *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.

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, transcrito adiante:

Art. 55

(...)

§ 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.

Assim, determina a Constituição da República de 1988 que a alíquota a ser aplicada em operações destinadas a não contribuintes do imposto é a interna, conforme dispõe o art. 155, inciso VII, "b", *in verbis*:

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;

Diante das considerações ora alinhavadas, 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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este foi o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais 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.”

Recentemente, enfrentando lançamento com idêntica matéria objeto da lide e a mesma Autuada, o Conselho de Contribuintes, em decisão unânime, manifestou-se pela procedência do lançamento, conforme Acórdão 19.653/10/3ª, cuja ementa se transcreve:

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.

Registre-se, por oportuno, que a Impugnante foi intimada a comprovar de forma inequívoca a condição de contribuinte do ICMS das construtoras e a mesma não atendeu ao Termo de Intimação 03/10 (documentos de fls. 29/38).

De se destacar, ainda, que no caso dos autos, mesmo sem a participação da defesa, resta cristalina demonstrado que os destinatários exercem a atividade de construção civil, conforme documentos acostados pelo Fisco às fls. 1.981/2.035.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De igual modo, o produto comercializado não deixa qualquer dúvida de que ele não se presta para comercialização pelos estabelecimentos destinatário, mas sim para emprego em suas obras, por se tratar de “emulsão asfáltica”, de distribuição direta pela Petrobras Distribuidora S/A.

Noutra linha, independentemente da posição de alguns Estados da Federação, as empresas de construção civil não são consideradas contribuintes do ICMS, mas sim do ISSQN, por força de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, como no RE 559936:

RE 559936 AGR / CE - CEARÁ  
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
RELATOR(A): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
JULGAMENTO: 09/11/2010 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA  
TURMA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL. EMPRESA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREGO EM OBRA. INSUMOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – AS EMPRESAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL – POR SEREM, EM REGRA, CONTRIBUINTES DO ISS – QUE ADQUIREM MATERIAIS EM ESTADO COM ALÍQUOTAS DE ICMS MAIS FAVORÁVEIS, AO EMPREGAREM ESSAS MERCADORIAS COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS, NÃO ESTÃO OBRIGADAS A SATISFAZER A DIFERENÇA DA ALÍQUOTA MAIOR DO ESTADO DESTINATÁRIO. PRECEDENTES. II – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

### DECISÃO

DECISÃO: A TURMA NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME. PRESIDÊNCIA DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI. 1ª TURMA, 09.11.2010

No mesmo sentido o STJ:

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...) 2. É ASSENTE NA CORTE QUE "AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELAS PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DA SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS. HÁ DE SE QUALIFICAR A CONSTRUÇÃO CIVIL COMO ATIVIDADE DE PERTINÊNCIA EXCLUSIVA A SERVIÇOS, PELO QUE 'AS PESSOAS (NATURAIS OU JURÍDICAS) QUE PROMOVEREM A SUA EXECUÇÃO SUJEITAR-SE-ÃO EXCLUSIVAMENTE À INCIDÊNCIA DE ISS, EM RAZÃO DE QUE QUAISQUER BENS NECESSÁRIOS A ESSA ATIVIDADE (COMO

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS, ATIVO FIXO, MATERIAIS, PEÇAS, ETC.) NÃO DEVEM SER TIPIFICADOS COMO MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTO ESTADUAL' (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, IN CONSTRUÇÃO CIVIL - ISS OU ICMS? IN RDT 69, PG. 253, MALHEIROS)"(ERESP 149946/MS, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 20/03/2000). 3. CONSEQUENTEMENTE, É INADMISSÍVEL A RETENÇÃO, PELOS ESTADOS, DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS RELATIVO À OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS POR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL PARA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM OBJETIVO DE COMERCIALIZAÇÃO. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AGRG NO AG 687.218/MA , REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

Estando caracterizado, portanto, que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, legítima é a exigência de aplicação da alíquota interna nas operações de remessa de mercadorias a essas empresas.

Assim, restou comprovado o recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação incorreta da alíquota nas operações de saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil localizadas em outra Unidade da Federação uma vez que a legislação determina que em operações estaduais para destinatários não contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota interna.

A Impugnante insurgiu-se contra a multa de revalidação aplicada afirmando ser abusiva e dotada de caráter confiscatório e que o percentual aplicado de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto é desproporcional, porque eleva o valor exigido de forma exacerbada.

Ao contrário do que entende a Impugnante, a multa aplicada tem previsão legal no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e não se sujeita à vedação constitucional de instituição de tributo com natureza de confisco, dado o seu caráter de penalidade pelo não pagamento do tributo no prazo legal, sendo exigida em lançamento de ofício quando constatado a falta de pagamento ou pagamento a menor de ICMS.

### LEI nº 6.763/75

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Noutro giro, a multa de revalidação, penalidade aplicada pelo não pagamento do imposto no prazo legal, está prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/1975, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, não apresentando efeito confiscatório.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, a ela não se estende a vedação constitucional de instituição de tributo com efeito de confisco, conforme entendimento exarado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Processo: 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa ora se transcreve:

“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 6763/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.”

Por sua vez, a multa isolada tem caráter punitivo e, para atendimento dessa finalidade, há de ser estimada em montante tal que o contribuinte prefira cumprir a obrigação tributária na forma que lhe é imposta. Com efeito, a Constituição Federal vigente proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

A Impugnante cita o Recurso Extraordinário 91707/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, mas que não se adequa ao caso dos autos por se tratar de discussão sobre multa moratória.

Além do mais, no tocante às alegações de confiscatoriedade e desproporcionalidade das multas e eventuais inconstitucionalidades, não cabe a esta Casa examiná-las, em face do óbice contido no inciso I do art. 110 do RPTA/MG, como se segue:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das multas, não há possibilidade de acionamento do disposto no art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento de imposto.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De igual modo, não há previsão legal para redução da multa de revalidação pelo Órgão Julgador, uma vez que a mencionada penalidade se caracteriza pela reposição ao erário daquilo que não lhe foi entregue a tempo e modo.

Consta, ainda, do Auto de Infração, conforme demonstrado no “Anexo II” dos autos, às fls. 26/27, a exigência da Multa Isolada capitulada no art.54, inciso VI da Lei nº 6763/75, c/c o disposto art. 215, inciso VI, alínea “f” da Parte Geral do RICMS/02.

Os dispositivos em questão apresentam a seguinte redação:

Lei nº 6763/75

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

RICMS/02

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

Corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além

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

dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

**Sala das Sessões, 18 de janeiro de 2011.**

**André Barros de Moura**  
**Presidente**

**José Luiz Drumond**  
**Relator**

CC/MIG