

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.929/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173425-95
Impugnação: 40.010131919-42
Impugnante: Stratura Asfaltos S/A
IE: 702173885.01-46
Proc. S. Passivo: Sidnei Humberto Pedroso Oliveira
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a venda de mercadorias para empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando indevidamente a alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido no período de julho a outubro de 2010, em decorrência da realização de vendas para empresas atuantes no seguimento de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, mediante a utilização de alíquota aplicável a operações interestaduais em desacordo com a legislação vigente.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 110/144 e documentos de fls. 145/182, onde, em linhas gerais, argumenta que:

- a infração não foi enquadrada em um dispositivo que reflita realmente a prática de suposta irregularidade tributária, o que contamina de vícios insanáveis o lançamento;

- a simples menção de prática de operações interestaduais com empresas de construção civil sem a aplicação correta da alíquota, não é justificativa que permite identificar, com clareza e segurança, a infração praticada;

- não foi indicado, claramente, qual dispositivo da legislação tributária relativa ao ICMS foi infringido;

- efetuou vendas interestaduais de cimento asfáltico e emulsões asfálticas e demais produtos da indústria do asfalto para clientes do ramo da construção civil, inscritos em seus respectivos Estados como contribuintes do ICMS;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- de acordo com a sistemática de diferencial de alíquotas do ICMS, quando o contribuinte realiza vendas interestaduais de mercadorias a clientes, que irão utilizá-las para uso/consumo final, deverá aplicar a alíquota interestadual, ao invés de sua alíquota interna prevista na legislação de seu Estado de origem;

- aplica-se o Convênio ICMS nº 71/89 que dispõe, nas operações interestaduais destinadas às empresas de construção civil, mesmo que estas ajam como contribuintes apenas excepcionalmente, que deve se adotar a alíquota interestadual, cabendo ao Estado da localização do destinatário o correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual, que será recolhido pelas empresas de construção civil destinatárias;

- o RICMS/02 não desobriga as empresas de construção civil do pagamento do diferencial de alíquotas, quando da aquisição de mercadorias em operações interestaduais;

- a Consulta nº 284/09 traz diversas questões a respeito de vendas para empresas de construção civil;

- no presente trabalho, o Fiscal relacionou, indistintamente, todas as empresas de construção civil que adquiriram as mercadorias em operações interestaduais no exercício de 2010, não atentando para a efetiva situação de cada uma delas no Cadastro de Contribuintes dos Estados;

- duvidar da condição de contribuinte após ter sido amplamente comprovada e declarada pelo próprio cliente, seria cobrar além das exigências legais;

- foram apresentados documentos à Fiscalização que demonstram que as empresas destinatárias praticam vendas e demais atividades do comércio, sendo então caracterizadas como contribuinte habitual;

- a inscrição como contribuinte do ICMS somente é atribuída àqueles que praticam o fato gerador do ICMS, ou seja, a circulação de mercadorias.

Ao final requer seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração e, sucessivamente, seja o mesmo julgado improcedente.

A Fiscalização se manifesta às fls. 185/199 e requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente, por argumentos diversos, defende a Impugnante a nulidade do Auto de Infração.

Todavia, não se vislumbra qualquer ponto apto a ensejar a questionada nulidade com a consequente invalidação do trabalho fiscal.

Ressalte-se que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Existe a citação dos dispositivos infringidos e das penalidades. Todos os requisitos formais e materiais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

necessários para a atividade de lançamento, previstos no RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados.

Não se verifica, nos autos, a ocorrência de situação ou irregularidade que pudesse de alguma maneira impedir ou dificultar o exercício do contraditório ou da ampla defesa, conforme suscita a Impugnante.

A peça de defesa apresentada deixa claro e, demonstra a inoccorrência de qualquer irregularidade neste sentido, tendo a Impugnante apresentado perfeitamente toda a argumentação necessária e suficiente para questionamento das infrações a ela atribuídas.

O Auto de Infração foi pautado em preceitos contidos na Constituição da República de 1988, na Lei Estadual nº 6.763/75 e no Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais. Assim, não tem procedência os argumentos da Autuada de que falta fundamentação legal nos autos.

Desta forma, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

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 julho a outubro 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 6.763/75, 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 – aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, foi infringido o seguinte artigo:

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;

(...)

§ 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)

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

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

§ 2º (...)

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;

A discussão central reside na possibilidade de enquadramento das empresas destinatárias das mercadorias como contribuintes do ICMS.

As construtoras, segundo a legislação mineira, não são consideradas contribuintes do imposto, salvo comprovação inequívoca, prova esta não produzida nos autos.

A Impugnante limita-se a dizer que seriam as empresas destinatárias contribuintes do ICMS em razão de possuírem inscrição estadual nos seus Estados de origem, sem, contudo, trazer alguma prova de que estas praticassem o fato gerador do imposto de forma habitual.

Em sendo o destinatário contribuinte do imposto, não importaria a destinação dada às mercadorias adquiridas devendo, assim, ser aplicada a alíquota interestadual.

Porém, tal situação não restou evidenciada nos autos.

Nesta esteira, cabe observar o que prevê o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 ao apresentar o conceito formal de contribuinte:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A legislação do Estado de Minas Gerais prevê que a condição de contribuinte do imposto independe da pessoa estar ou não inscrita no Cadastro de Contribuintes do respectivo Estado, basta que tenha habitualidade na prática 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.

(...)

Portanto, de acordo com 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.

Passando a alegação da Impugnante atinente a existência de inscrição das empresas no cadastro da SEF, particularmente em relação ao Estado de Minas Gerais, efetivamente há a obrigatoriedade das empresas de construção civil se inscreverem como contribuintes do ICMS no Estado de Minas Gerais, contudo, tal obrigação vigora apenas e, tão somente, caso a aludida empresa realize com habitualidade operações sujeitas à incidência do ICMS ou promova a movimentação de materiais, conforme disposto no art. 178 do Anexo IX do RICMS/02, *in verbis*:

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.

(...)

§ 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

(...)

O simples fato de estar inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS não basta para comprovar a condição de contribuinte, haja vista que em várias Unidades da Federação tal cadastro, por situações excepcionais, engloba pessoas que não são consideradas contribuintes de acordo com a definição constante no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

A condição de contribuinte do ICMS das empresas destinatárias das mercadorias comercializadas pela Autuada necessitaria ser demonstrada mediante prova inequívoca, como, por exemplo, certidão do Fisco do Estado de destino atestando efetivos recolhimentos de ICMS, prova esta não apresentada nos autos.

Quanto ao argumento de que o Estado de Minas Gerais foi signatário do Convênio nº 71/89, o qual previa a aplicação da alíquota interestadual em operações específicas, deve-se observar que Minas Gerais só participou do referido Convênio até dezembro de 2004, sendo que a partir de janeiro de 2005, por meio do Decreto nº 43.923 de 02/12/04, denunciou o citado convênio (art.10), cuja vigência iniciou-se a partir de 01/01/05.

Assim, inexistindo demonstração em contrário, o Estado de Minas Gerais não considera as construtoras como contribuintes e, a alíquota interna é a que deveria ter sido usada.

A Impugnante questiona, ainda, as dificuldades porventura encontradas para averiguar a verdadeira situação das empresas destinatárias. Todavia, uma vez que os documentos capazes de comprovar a real condição de contribuintes das empresas destinatárias são documentos rotineiros, é perfeitamente razoável e possível tal aferição, quando mais, em se considerando que atenderá aos interesses particulares e econômicos de ambas as partes.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, pela utilização indevida de alíquota interestadual em operação destinada a empresas de construção civil localizadas 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, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Alexandre Périssé de Abreu.

Sala das Sessões, 11 de setembro de 2012.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

EJ/CL

CC/MIG