

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.395/12/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000170589-51  
Impugnação: 40.010130176-24  
Impugnante: Arcelormittal Brasil S/A  
IE: 367094007.03-33  
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)  
Origem: DF/Juiz de Fora

### ***EMENTA***

**ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL.** Constatada a saída de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, com uso indevido da alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” e § 12 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco com exclusão das exigências relativas aos destinatários em que houve comprovação de operações de vendas de produção do estabelecimento com destaque do ICMS. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

### ***RELATÓRIO***

#### **Da Autuação**

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante análise de documentos fiscais e relatórios de registros fiscais dos documentos de saída de mercadorias (SPED\_EFD), no período de 01/10/09 a 30/04/11, onde se constatou que a Autuada realizou operações de saída de mercadorias para não contribuintes do ICMS com a utilização de alíquota interestadual de 7% (sete por cento) quando deveria ter utilizado a alíquota de 12% (doze por cento), própria para operação interna, conforme estabelece o § 12 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02 (42 UFEMGs por documento fiscal emitido com alíquota incorreta).

#### **Da Impugnação**

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 60/74, com documentos juntados às fls. 112/164, alegando sucintamente o seguinte:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- nulidade do lançamento por ausência de motivação porquanto o Fisco não demonstrou que os destinatários dos produtos não praticam operações de circulação de mercadorias;

- alega falta de legitimidade ativa do Estado de Minas Gerais para exigir a diferença entre a alíquota interestadual e interna, a qual compete aos Estados onde se encontram os destinatários, em conformidade com os incisos VII e VIII, § 2º do art. 155 da CR/88;

- enfatiza que a condição de contribuinte dos destinatários pode ser atestada pelos documentos que anexa, onde se constata que todos, além de estarem inscritos nos respectivos cadastros de contribuintes dos Estados, praticam operações de circulação de mercadorias;

- reproduz enxertos da Orientação DOET/SUTRI nº 02/05, a fim de demonstrar que o Estado de Minas Gerais eleva as empresas de construção civil na condição de contribuintes do imposto;

- apresenta, às fls. 148/152, atestados expedidos pelos Fiscos de destino atestando a condição de contribuintes de 04 (quatro) destinatários;

- argumenta que os respectivos atestados gozam de presunção de veracidade em face de tratar-se de documentos públicos que têm fé pública a teor do art. 364 do CPC;

- cita decisão do TJMG, em caso idêntico ao discutido no presente lançamento, em que o Tribunal entendeu que a certidão expedida pela Fazenda Pública do Estado de destino é suficiente para comprovar o status de contribuinte dos destinatários, empresas de construção civil;

- anexa cópia de DANFE emitido por 03 (três) empresas destinatárias em que consta destaque do ICMS em operações de saídas de produtos de produção própria (CFOP 5.101);

- requer prazo adicional de 30 (trinta) dias para obter mais informações da condição de contribuintes dos destinatários, e, sucessivamente, a baixa em diligência do processo para que o Fisco Autuante busque comprovação de seu ato administrativo;

- pede o afastamento das multas aplicadas, ou, sucessivamente, a redução a 30% (trinta por cento), por ser patamar razoável e não confiscatório, conforme doutrina e jurisprudência.

Requer a procedência da Impugnação e o conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

Taxa de Expediente recolhida conforme cópia de DAE às fls. 100 dos autos.

### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco, em manifestação de fls. 278/289, refuta as alegações da defesa, alegando sucintamente o seguinte:

- informa que após Impugnação apresentada, houve reabertura de prazo para que a Autuada apresentasse mais provas da condição de contribuinte de seus clientes e

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que foram acatadas em parte as provas apresentadas, com a reformulação do crédito tributário;

- entende que o pedido de nulidade por ausência de motivação não pode prosperar em face do “AI” conter todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações, tendo sido inclusive reconhecido pela própria Autuada com a quitação parcial do crédito tributário;

- ressalta que o texto constitucional, acompanhado pela legislação infraconstitucional, determina que na operação interestadual quando o destinatário não for contribuinte do imposto a alíquota a ser utilizada é a interna;

- diz que as telas de “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral”, extraídas de consultas efetuadas no site da Receita Federal do Brasil, atestam que os destinatários dos produtos comercializados pela Impugnante são empresas que atuam no ramo de construção civil;

- destaca que, ao contrário do afirmado pela Impugnante, o fato de as empresas de construção civil estarem inscritas no cadastro de contribuintes não as qualifica como contribuintes do ICMS. A inscrição é uma formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade das empresas em questão;

- afirma que nos termos da legislação mineira, em especial o disposto no § 12 do art. 42 do RICMS/02, o ônus da prova de que as empresas de construção civil realizam com habitualidade operações de circulação de mercadorias é do remetente das mercadorias e não do Fisco como quer a Impugnante;

- traz decisões dos tribunais superiores no sentido de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, mas sim do imposto municipal ISSQN;

- ressalta que os atestados apresentados pela Impugnante, para comprovar a condição de contribuinte do ICMS de seus clientes, não podem ser acatados, por ser a inscrição uma formalidade, e não demonstrarem de forma efetiva que as empresas de construção civil realizem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto em questão;

- quanto à alegação de que os valores das multas aplicadas são confiscatórios, afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não cabe aos Fiscais Autuantes a apreciação desta matéria, mas tão somente verificar o correto enquadramento das penalidades segundo as infringências cometidas;

Pede pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação.

### **Da Instrução Processual**

Diante do pedido formulado na peça de defesa, às fls. 69/70, de dilação do prazo para apresentar novas provas de que os destinatários das notas fiscais praticam operações de circulação de mercadorias, o Fisco concede às fls. 167/169 mais 15 (quinze) dias à Impugnante para reunir mais provas.

A Impugnante no prazo adicional comparece e apresenta, às fls. 172/187, atestados para mais 05 (cinco) empresas destinatárias.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 188/197, o Fisco promove reformulação do crédito tributário, excluindo das exigências as notas fiscais emitidas para as empresas destinatárias, cujo DANFE foi apresentado às fls. 162/164, confirmando venda de produtos de produção do estabelecimento.

Às fls. 199/200, a Impugnante retorna aos autos, trazendo mais um atestado de condição de contribuinte do ICMS para uma empresa destinatária.

Às fls. 205/206, a Impugnante é intimada da reformulação do crédito tributário, com reabertura do prazo de 10 (dez) dias.

Comparece, às fls. 209/222, aditando a sua peça de defesa inicial, argumentando que a farta documentação apresentada comprova o status de contribuintes de grande parte dos destinatários das operações glosadas e confirma que o lançamento em debate não pode prosperar.

A Impugnante, às fls. 267/269, solicita que seja gerado DAE para pagamento parcial do crédito tributário exigido no Auto de Infração, correspondente às exigências das notas fiscais emitidas contra os destinatários que relaciona.

Retorna aos autos, informando que promoveu o pagamento parcial do PTA, conforme cópias de DAEs que anexa, em face de ter realizado diligências e constatado que alguns destinatários das notas fiscais não praticam com habitualidade o recolhimento do ICMS, fls. 274/277.

---

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar de nulidade do lançamento**

A Impugnante argui em preliminar a nulidade do lançamento sob o argumento de ausência de motivação porquanto o Fisco não demonstrou que os destinatários dos produtos não praticam operações de circulação de mercadorias.

Não procede a arguição da Impugnante, pois o Auto de Infração foi lavrado mediante procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, constando a descrição das irregularidades cometidas claramente no campo “Relatório” do Auto de Infração (fls. 04/05) e no “Relatório Fiscal-Contábil” (fls. 07/10), o mesmo acontecendo com os dispositivos legais relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal.

É de se notar que o presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos no art. 85 e seguintes do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, bem como ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Esclareça-se, por oportuno, que a Autuada inclui em sua defesa a transcrição de todos os dispositivos legais tidos pelo Fisco como infringidos, relacionados com adoção de alíquotas incorretas, o que evidenciou a compreensão do lançamento e proporcionou o pleno exercício do direito de defesa. Vê-se, portanto, que não assiste razão à Impugnante quanto à nulidade do Auto de Infração.

A Impugnante sustenta também que caberia ao Fisco a condição de verificar se os destinatários das mercadorias são ou não contribuintes do ICMS.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, do § 12 do art. 42 do RICMS/02 depreende-se que o remetente deve comprovar, de forma inequívoca, que o destinatário realiza com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, *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)

Diante do exposto, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

### **Do Mérito**

Conforme relatado acima, trata a Autuação de recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/10/09 a 30/04/11, em face 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.

Exigiu-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” da Parte Geral do RICMS/02 (42 UFEMGs por documento fiscal emitido com alíquota incorreta).

Foi cobrada reincidência a partir de 31/08/10 quando houve o reconhecimento de infração com penalidade idêntica no PTA 01.000165295.60 pelo mesmo Sujeito Passivo, nos termos do previsto no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Após Impugnação apresentada pela Autuada, foi concedida dilação de prazo adicional de 15 (quinze) dias para que a Autuada apresentasse mais provas da condição de contribuinte de seus clientes.

Houve a reformulação do crédito tributário com a exclusão das exigências correspondentes às notas fiscais de saídas emitidas para 03 (três) destinatários, em face de documentos apresentados pela Impugnante às fls. 162/164 dos autos.

A Impugnante reconheceu como legítima as exigências correspondentes às notas fiscais de saídas emitidas para 16 (dezesseis) destinatários e pagou parte do crédito tributário constante no Auto de Infração, conforme cópia de DAEs às fls. 276/277.

As notas fiscais que subsidiaram as exigências encontram-se relacionadas na planilha de fls. 11/13, na qual é demonstrada a apuração do imposto devido.

O Fisco anexa, às fls. 16/44, telas de “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral”, consulta efetuada no site da Receita Federal do Brasil, pertencente a cada cliente destinatário da empresa Arcelormittal Brasil S/A constantes das notas fiscais de saídas emitidas com destaque do imposto com alíquota de 7% (sete por

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cento). Em todas as telas de consultas constata-se que as atividades das empresas pertencem ao CNAE de construção civil e correlatos.

A Impugnante centra sua tese de defesa na inscrição dos estabelecimentos no cadastro de ICMS dos Estados destinatários, entendendo que esta condição é suficiente para caracterizá-los como contribuintes do imposto, na esteira do que dispõe a alínea “a” do inciso VII do art. 155 da Constituição Federal e de decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Para comprovar suas assertivas de que as empresas de construção civil destinatárias das mercadorias são contribuintes do ICMS em seus respectivos Estados, faz juntar cópias de documentos relativos aos cadastros estaduais, declarações da condição de contribuintes e cópias de DANFES emitidos por 03 (três) destinatários.

Para as cópias de DANFES apresentadas, fls. 162/164, emitidas por 03 (três) destinatários relativas à venda de mercadorias de produção própria, com destaque do ICMS (CFOP 5.101), o Fisco entendeu que no caso dessas empresas ficou caracterizado que elas produzem e comercializam mercadorias e, assim, acatou as provas trazidas e excluiu as exigências fiscais referentes às notas fiscais emitidas pela Impugnante para os 03 (três) destinatários, conforme reformulação do crédito tributário às fls. 188/197.

Para os demais documentos apresentados, composto de “Atestados de Condição de Contribuintes do ICMS” expedidos pelos Fiscos de destino de 10 (dez) destinatários clientes da Impugnante, o Fisco não reconheceu como prova suficiente para atestar a condição de contribuintes do imposto.

O ponto central da Impugnação reside no conceito de contribuinte de ICMS, uma vez que este é o critério utilizado pela Constituição Federal para definir a utilização da alíquota interna ou interestadual. De acordo com os argumentos apresentados, as empresas de construção civil destinatárias das mercadorias seriam contribuintes do ICMS pelo simples fato de estarem inscritas nos cadastros de contribuintes dos Estados em que estão estabelecidas.

De modo diverso, no entanto, a legislação do Estado de Minas Gerais define que a condição de contribuinte do ICMS independe de estar ou não inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

Tal condição é constatada 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, *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.

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS, o legislador mineiro acrescentou o § 12 ao art. 42 do RICMS/02, que 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 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 simples inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS não comprova 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:

Art. 55 - 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 referidas no caput deste artigo.

§ 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, nos termos da legislação mineira, as empresas de construção civil, como regra, não são contribuintes do imposto, 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

Dessa forma, a condição de contribuinte do imposto do destinatário da mercadoria deve ser comprovada por qualquer meio de prova que venha a oferecer convencimento à autoridade fiscal.

Como exposto anteriormente, o Fisco acatou como condição suficiente de atestar a situação de contribuintes das destinatárias das mercadorias comercializadas as cópias de DANFES emitidas por 03 (três) empresas clientes da Impugnante, reformulando o crédito tributário.

Neste caso, agiu bem o Fisco, pois, muito embora a prova trazida, composta de 01 (hum) DANFE emitido por cada destinatário, o fato de haver emissão de notas de venda de mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento, por si só, já indica que as empresas praticam operações de circulação de mercadoria descrita como fato gerador do imposto, o que comprova a condição de contribuinte do imposto exigida pela legislação.

Para 10 (dez) destinatários constantes nas notas fiscais de saídas emitidas com destaque da alíquota de 7% (sete por cento), a fim de comprovar a condição de contribuinte do ICMS, a Impugnante apresenta cópias de “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” emitidos pelas Secretarias de Fazenda dos Estados destinatários (fls. 148/152, 173/180 e 199/200).

Contudo, é de se destacar que certidão, emitida por repartição fazendária, atestando simplesmente que a empresa de construção civil é cadastrada como contribuinte do imposto não é suficiente para comprovar que ela pratica com habitualidade operações de circulação de mercadorias alcançadas pela hipótese de incidência do ICMS. Como citado anteriormente, a inscrição é uma formalidade, e a condição necessária é uma prova documental que demonstre que esta empresa recolhe o imposto em relação às operações que pratica.

O entendimento da Impugnante de que o Estado de Minas Gerais eleva as empresas de construção civil na condição de contribuintes do imposto não se mostra correto, na medida em que Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 71/89 com vigência a partir de 1º/01/05, introduzindo no RICMS/02 o § 12 do art. 42, acima reproduzido.

Infere-se da norma supra que o remetente deve comprovar, claramente, que o destinatário é contribuinte, ou seja, exerce operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Neste sentido, a então DOET/SUTRI/SEF exarou a seguinte Consulta de Contribuintes:

### CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 213/2005

ALÍQUOTA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - CONSULTA INEFICAZ. Deve ser declarada ineficaz a consulta que verse sobre disposição claramente expressa na legislação, conforme inciso I, art. 22 da CLTA/MG, aprovada pelo decreto Nº. 23.780/84.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### Consulta:

1- Aplica-se a alíquota interna ou interestadual na operação que destina mercadoria à empresa de construção civil domiciliada em outro estado regularmente inscrita no cadastro de contribuintes?

2- Sendo a destinatária empresa de construção civil inscrita em seu Estado, mas não atuando como contribuinte, o ICMS é devido à alíquota interna ou interestadual?

### Resposta:

1 e 2 - A matéria em questão encontra-se expressa de forma clara no § 12 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02, e na Orientação DOET/SUTRI N° 02/2005, ambos disponibilizados no site da SEF:

(...)

A título de orientação, esclareça-se que, ainda que a empresa seja inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS no seu Estado, deverá ser aplicada a alíquota prevista para operação interna (18%), salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto. (grifou-se)

Por último, acrescenta-se, o contribuinte, remetente da mercadoria, que aplicar a alíquota interestadual (12% ou 7%) e não comprovar que a destinatária realiza com habitualidade, operações sujeitas a ICMS ficará sujeito à autuação pelo fisco, que exigirá o valor do imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, e a multa de revalidação de 50% do valor desta diferença apurada.

DOET/SUTRI/SEF, 27 de outubro de 2005.

Ante o exposto acima não se pode afirmar, como faz a Impugnante, que a exigência fiscal foi baseada em presunção e sem comprovação.

Quanto à alegação de que a alíquota a ser aplicada aos destinatários localizados em outras Unidades da Federação é a prevista para as operações interestaduais, estaria correta desde que o adquirente fosse contribuinte do imposto. No caso de não contribuinte a alíquota a ser aplicada é a da operação interna.

No presente caso os destinatários se enquadram na condição de consumidor final localizado em outro Estado, para cujas operações a Constituição Federal de 1988 determina:

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

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

(...)

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; (grifou-se)

Segundo ainda o texto constitucional, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, principalmente quanto à definição dos fatos geradores (art. 146, inciso III, e art. 155, §2º, inciso XII).

Desde o Decreto-lei nº 406/68, com natureza de lei complementar, que estabeleceu normas gerais de direito tributário aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, passando pelas Leis Complementares nº 87/96 e nº 116/03, não há previsão de incidência de ICMS sobre a saída de materiais em operações realizadas por empresas de construção civil, a serem empregados na realização das obras sob a responsabilidade das construtoras.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em recente decisão: 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, decidiu conforme ementa abaixo:

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 ELES 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.

Acrescenta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificou entendimento no sentido de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam, conforme se depreende das decisões colacionadas pelo Fisco às fls. 285/287.

Diante de todos os argumentos apresentados, 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Por outro, conforme informado anteriormente, a Impugnante reconheceu que 16 (dezesesseis) empresas destinatárias de suas mercadorias, nominalmente relacionadas às fls. 268, não praticam com habitualidade o fato gerador do ICMS e promoveu o pagamento parcial do PTA, conforme cópias de DAEs constantes às fls. 274/277.

Por fim, quanto à emissão das notas fiscais com alíquota incorreta, foi aplicada a penalidade estabelecida na legislação mineira, nos seguintes termos:

### Lei 6.763/75:

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; (grifou-se).

Observa-se, sem muito esforço, que o tipo infracional previsto na norma acima se coaduna perfeitamente com a irregularidade cometida concernente à utilização incorreta de alíquota do ICMS.

Também, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, foi cobrada reincidência sobre a multa isolada (majoração em 50%), a partir de 31/08/10, quando houve o reconhecimento de infração com penalidade idêntica no PTA 01.000165295.60 do mesmo sujeito passivo, conforme resta comprovado às fls. 14/15, nas quais se encontram os dados da referida autuação extraídos de telas do SICAF com

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as respectivas infringências e penalidades. Tal PTA foi quitado em 31/08/10 e, conforme o disposto no art. 160 da Lei nº 6.763/75, o pagamento/parcelamento implica em reconhecimento da infração.

Quanto à arguição de que a multa isolada aplicada é confiscatória e desproporcional, deve-se destacar que tal multa tem amparo na legislação estadual e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão, em face do disposto no art. 110 do RPTA/MG. Sobremais, a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco.

Pelo exposto, e considerando que as provas colacionadas não são suficientes para afastar a sanção fiscal em comento, corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 188/196, considerando os pagamentos efetuados conforme documentos de fls. 268/271 e 276/277. Vencidos, em parte, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Antônio César Ribeiro, que excluía, ainda, as exigências referentes aos destinatários para os quais foram apresentados atestados emitidos pelos Fiscos de destino. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Henrique Napoleão Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Antônio César Ribeiro.

**Sala das Sessões, 06 de março de 2012.**

**José Luiz Drumond  
Presidente / Relator**

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

---

Acórdão:	20.395/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000170589-51	
Impugnação:	40.010130176-24	
Impugnante:	Arcelormittal Brasil S.A.	
	IE: 367094007.03-33	
Proc. S. Passivo:	Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

---

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.

Versa aos autos sobre o recolhimento de ICMS a menor quando da venda de bens a terceiros inscritos no cadastro de contribuintes em seus respectivos estados.

É sabido que, para o Fisco do Estado de Minas Gerais não basta ser a pessoa jurídica inscrita no cadastro de contribuintes do Estado para que faça jus ao recolhimento a menor. É necessário, neste caso, que o cliente efetivamente contribua com o imposto sobre circulação de mercadorias, de acordo com a inteligência do § 12 do art. 42 do RICMS/MG.

No entanto, este é o entendimento do Estado de Minas Gerais, não podendo ser estendido aos demais Estados da Federação. Ora, ao emitir Atestados de Condição de Contribuintes, conforme acostados às fls. 148 a 155, os Estados atestantes corroboram as alegações da Impugnante no sentido de que seus clientes são, efetivamente, não apenas inscritos no Cadastro de Contribuintes, mas contribuintes.

Não é outro senão este o normativo insculpido na Constituição da República quando determina a aplicação das alíquotas diferenciadas para operações realizadas entre estados (art. 155, § 2º, VII, alíneas “a” e “b”) utilizando apenas o termo “contribuinte” e nunca o termo “que efetivamente contribua com o imposto”.

Nesta mesma esteira a Lei nº 6763/75 assim dispõe no art. 16, verbis:

**Art. 16.** São obrigações do contribuinte:

(...)

X - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição da ficha de inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, calculado na forma que o Regulamento estabelecer, se de tal descumprimento

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decorrer o seu não-recolhimento no todo ou em parte;

Veja-se que a ficha que lhe era imposta a apresentação foi devidamente demonstrada, inclusive no presente PTA (fls. 113 às 142).

Lado outro, não aceitar como válidos a documentação emitida pelos demais Estados da Federação é comprometer a segurança jurídica e a validade dos atos da administração pública. Não sem razão traz a Impugnante à baila o art. 364 do Código de Processo Civil que outorga aos documentos públicos a presunção de veracidade, bem como o art. 19 da Constituição da República que veda aos entes da Federação a negativa de fé aos documentos públicos (fls. 67).

Importante frisar, que ao trazer aos autos os referidos atestados da condição de contribuintes emitidos pelas fazendas estaduais dos Estados sede de seus clientes, a Impugnante desincumbiu-se do ônus da prova previsto no art. 333 do Código de Processo Civil como segue:

"O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

(...)

II - tomar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."

Desta feita, julgo pela procedência parcial para excluir as exigências referentes aos destinatários para os quais foram apresentados atestados emitidos pelos Fiscos de destino.

**Sala das Sessões, 06 de março de 2012.**

**Sauro Henrique de Almeida  
Conselheiro**