

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.040/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000231587-68
Impugnação: 40.010137757-23
Impugnante: Esab Indústria e Comércio Ltda.
IE: 186425581.04-46
Proc. S. Passivo: Daniela Guimarães Souto de Abreu/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Constatada a venda 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, § 12 do RICMS/02. Excluídas as exigências referentes às operações praticadas com empresa reconhecida como contribuinte do imposto em decisão anterior do CC/MG. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da referida lei c/c art. 215, inciso VI, alínea “F” do RICMS/02, majorada em 50% (cinquenta por cento) e em 100% (cem por cento) conforme o período, dada a constatação de reincidência.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de agosto de 2011 a setembro de 2013, em função de venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outras unidades da Federação, com utilização indevida da alíquota interestadual, contrariando o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02.

As exigências fiscais referem-se à diferença de ICMS apurada, acrescida das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “F” do RICMS/02, esta última majorada em 100% (cem por cento) para os fatos ocorridos até 23/10/12 e em 50% (cinquenta por cento) a partir de 24/10/12, dada a constatação de reincidência.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 147/178, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 429/436.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 452/467, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada no dia 30/07/15, a 1ª Câmara de Julgamento exara o Despacho Interlocutório de fls. 471, que gera as seguintes ocorrências:

- manifestação da Impugnante (fls. 472/476 e 516/520), seguida das juntadas dos documentos de fls. 479/511 e 521/532;
- manifestação fiscal às fls. 534.

A Assessoria do CC/MG ratifica seu entendimento anterior (fls. 537/545).

DECISÃO

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

Da Preliminar:

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, por entender que “a Fiscalização não logrou êxito em comprovar que as empresas de construção civil destinatárias dos produtos não seriam contribuintes do ICMS”.

Entende que, “caberia à Fiscalização comprovar a qualidade de não contribuinte das destinatárias, de modo que a ausência de tal comprovação leva, por certo, à nulidade do lançamento ora impugnado”.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Com efeito, de acordo com as telas do “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica” (fls. 68/130), extraídas do sítio eletrônico da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), todas as empresas listadas na planilha de fls. 66/67 têm como atividade principal a construção civil, definidas como empresas prestadoras de serviço, sujeitas à tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), nos termos estabelecidos na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, em seus itens 7 a 7.02.

Diante disso, a legislação mineira, por meio do art. 42, § 12 do RICMS/02, estabelece que, nas operações que destinem mercadorias a empresas de construção civil sediadas em outros estados, como ocorreu no caso dos autos, deve ser aplicada a alíquota interna, salvo comprovação inequívoca, a cargo do sujeito passivo, de que essas empresas realizem, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS.

Assim, de acordo com a norma legal supracitada (art. 42, § 12 do RICMS/02), cabe à Impugnante, e não à Fiscalização, a comprovação, de forma inequívoca, de que as empresas destinatárias são contribuintes do ICMS, ou seja, que as referidas empresas praticam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS.

Não há que se falar, portanto, em nulidade do Auto de Infração, pois, como visto, o dever de comprovação, a cargo da Impugnante, de que as empresas destinatárias das mercadorias são contribuintes do ICMS advém de determinação

legalmente estabelecida, da qual a Impugnante tem plena ciência, o que pode ser observado por meio de uma simples leitura de sua abrangente e detalhada Impugnação.

Quanto às questões de cunho constitucional suscitadas pela Impugnante (princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “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”.

Ressalte-se, no entanto, que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Diante disso, rejeita-se a prefacial arguida.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a autuação sobre a venda de mercadorias para empresas de construção civil, não contribuintes do imposto, localizadas em outras unidades da Federação, com utilização indevida da alíquota interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, esta última majorada em 100% (cem por cento) para os fatos ocorridos até 23/10/12 e em 50% (cinquenta por cento) a partir de 24/10/12, dada a constatação de reincidência.

A relação das empresas destinatárias das mercadorias (fls. 66/67), todas sediadas em outras unidades da Federação, juntamente com as consultas cadastrais extraídas do sítio eletrônico da Receita Federal (fls. 68/130), demonstram que as referidas empresas têm como atividade principal a construção civil, definida pelo art. 175 do Anexo IX do RICMS/02, da seguinte forma:

Art. 175 - Entende-se como obra de construção civil, hidráulica ou semelhantes:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção ou reparo de estradas de ferro ou de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior de estradas e obras de arte;

III - construção ou reparo de pontes, viadutos, logradouros público ou de outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água ou de saneamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - execução de terraplenagem ou de pavimentação em geral, ou de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica ou hidrelétrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem ou construção de estruturas em geral.

Parágrafo único. Compreende-se, também, como obra de construção civil o serviço auxiliar necessário à sua execução, quando efetuado no local da obra, tal como o de alvenaria, pintura, marcenaria, carpintaria, serralheria, instalações elétricas e hidráulicas.

A regra legal de enquadramento das empresas de construção civil como empresas prestadoras de serviço, sujeitas à tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), está definida na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, em seus itens 7 a 7.02:

7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.01 - Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(Grifos acrescidos).

Nesse contexto, a legislação mineira, no art. 42, § 12 do RICMS/02, estabelece que, nas operações que destinem mercadorias a empresas de construção civil sediadas em outros estados, como ocorreu no caso dos autos, deve ser aplicada a alíquota interna, salvo comprovação inequívoca, a cargo do sujeito passivo, de que essas empresas, concomitantemente com sua atividade principal, realizem, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS. Examine-se:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 12º - 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 acrescidos).

O conceito de habitualidade está definido no § 2º do art. 55 do RICMS/02, *in verbis*:

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.

(...)

§ 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.

(...)

Nesse sentido é a solução dada à Consulta de Contribuinte nº 213/2005, assim como o Acórdão nº 17.903/08/2ª, dentre outras decisões deste E. Conselho. Veja-se:

Consulta de Contribuinte nº 213/2005:

... 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 Nº 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.

(Grifos acrescidos).

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...

ACÓRDÃO Nº 17.903/08/2ª:

.... 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.

(...)

(GRIFOS ACRESCIDOS).

A habitualidade é provada, por exemplo, mediante apresentação de demonstrativos de apuração mensal do ICMS, comprovantes de recolhimentos mensais do imposto, cópias de livros fiscais em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao tributo, com o visto da repartição fazendária a que estiver circunscrito o contribuinte, etc., provas essas não produzidas nos autos.

Cumpre esclarecer que as empresas de construção civil, em regra, não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a

terceiros. Este é o posicionamento do STJ acerca da matéria, conforme demonstra o seguinte julgado:

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 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)

Portanto, conforme salientado anteriormente, de acordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02, para o remetente se desincumbir de aplicar a alíquota interna, deve comprovar, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

A Impugnante afirma que os documentos por ela acostados aos autos “demonstram, inequivocamente, que as empresas destinatárias possuem inscrição estadual no estado de destino, encontram-se registradas no regime normal de apuração do ICMS e emitem documentos fiscais regularmente”, o que comprovaria a condição de contribuinte do ICMS.

No entanto, observadas eventuais ressalvas, os documentos juntados pela Impugnante, ao contrário de sua afirmação, não comprovam a condição de contribuintes do ICMS das empresas de construção civil destinatárias das mercadorias, conforme demonstrado nos tópicos que se seguem:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relação de Notas Fiscais Eletrônicas Canceladas/Inutilizadas:

RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE	FL. AUTOS
CONSÓRCIO LINHA 4 SUL - CL4S	RJ	15.108.496/0001-99	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	269/270
CONSÓRCIO PIPE RACK	RJ	14.165.616/0001-27	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	253/256
CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO - IESA - GALVÃO	RJ	12.493.046/0002-50	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	260/265
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A	RJ	17.262.213/0243-79	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	281
CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A	RJ	15.102.288/0338-62	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	304/308
CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A	MT	15.102.288/0363-73	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	290/294
CONSTRUTORA SUCESSO S/A	PI	09.588.906/0001-43	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	297/298
ENGEVIX ENGENHARIA S/A	MT	00.103.582/0080-35	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	319/322
GALVÃO ENGENHARIA S/A	RJ	01.340.937/0011-40	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	274/277
LOC ENGENHARIA LTDA	PA	34.892.620/0001-02	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	313/315
METALFENAS INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO LTDA	RJ	33.008.277/0001-10	RELAÇÃO DE NFe CANCELADAS/INUTILIZADAS	285/286

Com relação às empresas listadas nesse quadro, a Impugnante acostou aos autos relação de notas fiscais eletrônicas por elas canceladas/inutilizadas, o que, a seu ver, comprovaria a condição de tais empresas como contribuintes do ICMS, pois, se não fossem, não poderiam emitir e cancelar notas fiscais.

Contudo, não obstante o fato de as empresas de construção civil serem consideradas não contribuintes do ICMS, tais empresas dispõem de inscrição estadual e autorização para emissão de documentos fiscais em função da necessidade de acobertarem a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade do setor (movimentação não sujeita à incidência do ICMS), fato este que não as qualifica como contribuinte do imposto estadual.

Portanto, tanto a concessão de inscrição estadual, quanto a autorização para emissão de notas fiscais, constituem meras formalidades, não se prestando como prova de que as empresas em questão sejam contribuintes do ICMS, ou seja, de que pratiquem com habitualidade, concomitantemente com sua atividade principal, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Comprovantes de Inscrição Estadual:

EMPRESAS COM COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES NOS RESPECTIVOS ESTADOS							
RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	FL. AUTOS	RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	FL. AUTOS
ALFA CONSTRUTORA E SERVIÇOS LTDA	RJ	12.647.362/0001-58	376	ELEVE CONSTRUTORA LTDA - ME	DF	00.587.139/0001-83	415
BIOTA CONSTRUÇÕES, SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA - EPP	RJ	07.430.035/0001-00	347	FAULHABER ENGENHARIA LTDA	RJ	33.416.967/0001-08	350
CONSÓRCIO BRASILIA 2014	DF	12.291.924/0001-73	412	GALVÃO ENGENHARIA S/A	RJ	01.340.937/0011-40	273
CONSÓRCIO EIT - EDECONSIL - PB	MA	15.496.803/0001-56	418	GYNX ENGENHARIA LTDA - EPP	RJ	00.517.977/0001-80	379
CONSÓRCIO LINHA 4 SUL - CL4S	RJ	15.108.496/0001-99	268	JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A	RJ	33.035.536/0001-00	382
CONSÓRCIO PIPE RACK	RJ	14.165.616/0001-27	252	MCE ENGENHARIA S/A	MA	63.263.289/0007-47	421
CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO - IESA - GALVÃO	RJ	12.493.046/0002-50	259	METFENAS INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO LTDA	RJ	33.008.277/0001-10	284
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A	RJ	17.262.213/0182-12	388	MMA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA - EPP	RJ	04.165.370/0001-30	403
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A	RJ	17.262.213/0261-50	424	MULTITEK ENGENHARIA LTDA	RJ	21.064.910/0001-08	400
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A	RJ	17.262.213/0243-79	280	PROEN PROJETOS ENGENHARIA COMÉRCIO E MONTAGENS LTDA	RJ	32.330.003/0001-80	353
CONSTRUTORA CORTEIN LTDA	RJ	04.401.401/0001-04	409	RVT CONSTRUTORA LTDA - ME	RJ	08.996.551/0001-69	341
CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A	RJ	15.102.288/0338-62	303	STRUTURAL ENGENHARIA E MONTAGEM LTDA - ME	RJ	05.336.519/0001-69	385
CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A	RJ	33.412.792/0033-48	427	SUBSEA INTEGRITY ENGENHARIA E PROJETOS S/A	RJ	09.525.334/0001-53	397
CONTRERAS EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA	RJ	02.463.777/0001-18	391	SURVEY - ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA	RJ	02.537.927/0001-90	394
DENGE ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA	RJ	73.511.933/0001-17	372	TAXA ENGENHARIA LTDA - EPP	RJ	35.760.685/0001-59	406

Como já afirmado, tanto a concessão de inscrição estadual, quanto a autorização para emissão de notas fiscais, constituem meras formalidades, não se prestando como prova de que essas empresas sejam contribuintes do ICMS, ou seja, que pratiquem com habitualidade, concomitantemente com sua atividade principal, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Certidões Positiva e Negativa de Débito:

RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE	FL. AUTOS
SOLUMEC ENGENHARIA E ASSOCIADOS LTDA	ES	11.782.630/0001-81	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - SEF/ES	337
LOC ENGENHARIA LTDA	PA	34.892.620/0001-02	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - SEF/PA	311
CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A	RO	61.522.512/0031-28	CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO NEGATIVO - SEF/RO	231
MARCON ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES	MT	03.307.088/0001-87	CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO NEGATIVO - SEF/MT	326
PAULO LIMA ENGENHARIA LTDA	RO	07.430.514/0001-26	CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO NEGATIVO - SEF/RO	332
CONSÓRCIO BRASILIA 2014	DF	12.291.924/0001-73	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - SEF/DF	412
CONSÓRCIO EIT - EDECONSIL - PB	MA	15.496.803/0001-56	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - SEF/MA	418

As certidões positivas de débitos fiscais, ainda que com efeito de certidão negativa, não comprovam a condição de contribuintes do ICMS daqueles para as quais foram emitidas, pois não se sabe a qual(ais) tributo(s) estadual(ais) se referem os débitos e quais foram as razões fático-legais ou os fatos geradores que foram objeto das respectivas autuações.

Ainda que inerentes ao ICMS, esses débitos podem estar vinculados, por exemplo, a eventuais cobranças de diferencial de alíquotas, nas aquisições interestaduais efetuadas pelas empresas de construção civil, conforme previsão contida no antigo Convênio ICMS nº 71/89, cobranças hoje inexistentes, especialmente em função dos itens 7 a 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, e das decisões judiciais que consideravam indevidas esse tipo de exigência, quando os bens eram empregados nas obras executadas pelas referidas empresas (não destinados à revenda).

Além disso, nas próprias certidões consta que os débitos se encontram com exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, ou seja, as próprias empresas a que foram destinadas as certidões estão discutindo tais débitos.

Em resumo, as certidões positivas, isoladamente, e com muito mais razão as certidões negativas, não comprovam, de forma inequívoca, que as empresas de construção civil são contribuintes do ICMS.

Nesse caso, caberia à Impugnante trazer aos autos documentos que comprovassem que essas empresas, concomitantemente com sua atividade principal, realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, com o intuito de comprovar sua alegação de que as empresas são realmente contribuintes do imposto.

Atividades Secundárias Informadas no Cadastro do CNPJ da Receita Federal do Brasil:

As telas do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, extraídas do sítio eletrônico da Receita Federal, onde constam atividades secundárias supostamente exercidas pelas empresas de construção civil a seguir relacionadas, não são provas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

hábeis a comprovar a condição de contribuintes do ICMS dessas empresas, pois não comprovam a efetiva exploração dessas atividades secundárias

RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE	FL. AUTOS
BIOTA CONSTRUÇÕES, SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA - EPP	RJ	07.430.035/0001-00	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	346
BUENO ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA	PR	76.736.123/0001-57	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	359
CONSTRUTORA REALEZA LTDA	RO	15.845.795/0001-06	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	355
CONSTRUTORA SUCESSO S/A	PI	09.588.906/0001-43	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	296
DENGE ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA	RJ	73.511.933/0001-17	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	363
FAULHABER ENGENHARIA LTDA	RJ	33.416.967/0001-08	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	349
GDK S/A	SE	34.152.199/0021-39	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	358
LOC ENGENHARIA LTDA	PA	34.892.620/0001-02	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	310
PAULO LIMA ENGENHARIA LTDA	RO	07.430.514/0001-26	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	330
PROEN PROJETOS ENGENHARIA COMÉRCIO E MONTAGENS LTDA	RJ	32.330.003/0001-80	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	352
RVT CONSTRUTORA LTDA - ME	RJ	08.996.551/0001-69	RELAÇÃO DE ATIVIDADE SECUNDÁRIAS - TELAS CNPJ DA RFB	339

Assim como no item anterior, caberia à Impugnante trazer aos autos outros documentos que comprovassem a exploração das alegadas atividades, concomitantemente com a construção civil.

Empresas para quais a Impugnante não Apresentou qualquer Documento:

RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE
CODEME ENGENHARIA S/A	SP	16.521.601/0004-22	NIHIL
CONSÓRCIO NOVO GALEÃO	RJ	15.170.860/0001-40	NIHIL
ENGECAMPO ENGENHARIA LTDA	RS	91.894.774/0001-69	NIHIL
FIENI CONSTRUTORA LTDA - EPP	ES	10.372.158/0001-46	NIHIL
G & A CONSTRUTORA LTDA - EPP	SP	02.571.176/0001-29	NIHIL
GEOMETRAL ENGENHARIA LTDA	SC	73.830.614/0001-74	NIHIL
NORTENG ENGENHARIA LTDA	RN	01.200.622/0001-26	NIHIL
OPE - CONSTRUÇÕES LTDA	GO	02.421.884/0001-83	NIHIL
TARGO ENGENHARIA LTDA	PA	04.218.583/0001-82	NIHIL
VTS ENGENHARIA LTDA - EPP	RJ	04.608.268/0001-61	NIHIL

Para essas empresas, a Impugnante não trouxe aos autos qualquer documento que pudesse contraditar a acusação fiscal, sendo corretas, portanto, as exigências a elas relativas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Empresas com “Certificados de Condição de Contribuintes do ICMS”:

RAZÃO SOCIAL	UF	CNPJ	DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE	FL. AUTOS
CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A	RO	15.102.288/0331-96	ATESTADO DE CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DO ICMS, EMITOD PELA SEF/RO (DATA: 14/07/11), NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 137/2002	228
CONSÓRCIO CONSTRUTOR BELO MONTE	PA	13.380.006/0001-83	ATESTADOS DE CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DO ICMS, EMITIDOS PELA SEF/PA (DATAS: 23/07/12, 18/07/13 E 30/07/14), NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 73/2012	216/218
CONSÓRCIO SANTO ANTÔNIO CIVIL	RO	10.709.781/0001-41	ATESTADOS DE CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DO ICMS, EMITIDOS PELA SEF/RO (DATAS: 07/04/10 E 14/07/11), NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 137/2002	241/242
CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A	RO	61.522.512/0031-28	ATESTADO DE CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE DO ICMS, EMITIDO PELA SEF/RO (DATA: 03/09/07), NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 137/2002	232

Para as empresas “Construtora Norberto Odebrecht S/A” (Rondônia), “Consórcio Construtor Belo Monte” (Pará), “Consórcio Santo Antônio Civil” (Rondônia) e “Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A” (Rondônia), a Impugnante apresentou às fls. 216/218, 228, 232 e 241/242, Atestados de Condição de Contribuintes do ICMS, emitidos pelas Secretarias de Estado da Fazenda dos estados de Rondônia e Pará, nos termos dos Convênios ICMS nº 137/02 e 73/12.

Nos referidos Convênios, os estados signatários (AL, AP, AM, BA, GO, MA, MT, MS, PA, PB, RN, RO, SE) e o DF, apesar de terem acordado que nas operações de remessas de mercadorias para empresas de construção civil, deveria ser aplicada a alíquota interna do estado de localização do remetente, estabeleceram como exceção à regra o caso em que a empresa destinatária (de construção civil) fornecesse ao remetente documento emitido pela Fiscalização atestando a sua condição de contribuinte do ICMS. Examine-se:

Convênio ICMS nº 73/12:

Cláusula primeira A cláusula primeira do Convênio ICMS 137/02, de 13 de dezembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Cláusula primeira Acordam os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e o Distrito Federal em estabelecer nas respectivas legislações em relação à operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização.

§ 1º O disposto no caput não se aplica no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Convênio ICMS nº 137/02:

... Nova redação dada à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 73/12, efeitos a partir de 01.07.12.

“Cláusula primeira Acordam os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e o Distrito Federal em estabelecer nas respectivas legislações em relação à operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização.

§ 1º O disposto no caput não se aplica no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano.

Porém, como o estado de Minas Gerais não é signatário dos referidos convênios, os atestados apresentados, de forma isolada, não atendem às exigências da legislação mineira, ou seja, não comprovam que as destinatárias realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Conforme exposto, a habitualidade seria comprovada, por exemplo, mediante apresentação de demonstrativos de apuração mensal do ICMS, comprovantes de recolhimentos mensais do imposto, cópias de livros fiscais em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao tributo, com o visto da repartição fazendária a que estiver circunscrito o contribuinte, dentre outros, provas estas não produzidas nos autos, tanto para o presente item, quanto para os já analisados.

Empresa Reconhecida como Contribuinte do ICMS em Acórdão do CC/MG:

Em relação à empresa “Denge Engenharia e Consultoria Ltda.”, CNPJ nº 73.511.933/0001-17, dois outros estabelecimentos da mesma empresa (matriz e filial), sediados no estado do Rio de Janeiro (RJ), foram considerados contribuintes do ICMS no Acórdão nº 20.289/11/3ª (fls. 365/369), *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 20.289/11/3ª:

DECISÃO:

... A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS, NO PERÍODO DE 2005 A 2009, EM DECORRÊNCIA DE APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL “DENGE ENGENHARIA E CONSULTORIA”, ESTABELECIDA NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

FORAM FEITAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS RESULTANTE DA DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA (18%) E A INTERESTADUAL (12%) E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A CONTROVÉRSIA EM TELA RESIDE NA CARACTERIZAÇÃO DA DESTINATÁRIA DAS OPERAÇÕES, OBJETO DO LANÇAMENTO, COMO CONTRIBUINTE OU NÃO DO ICMS.

A RAZÃO SOCIAL SUGERE QUE SEJA UMA EMPRESA DO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL, PORÉM A ORA IMPUGNANTE COMPROVA QUE A MATRIZ DO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO PRÁTICA OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DE ICMS, SENDO, POIS, CONTRIBUINTE DO ICMS.

COM RELAÇÃO À FILIAL "DENGÉ ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA – CNPJ Nº 73.511.933/0002-06", DEPURA-SE DOS AUTOS QUE A ALUDIDA FILIAL POSSUI INSCRIÇÃO ESTADUAL JUNTO A SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO RIO DE JANEIRO SOB O Nº 77.591.168.

DESTACA-SE AINDA DO CADASTRO DE REFERIDA FILIAL, QUE SEU OBJETO NÃO ABRANGE O SEGMENTO DE CONSTRUÇÃO CIVIL, TAL QUAL DEDUZIDO PELO FISCO, POIS TEM COMO ATIVIDADE PRINCIPAL A FABRICAÇÃO E O COMÉRCIO DE MÁQUINAS, APARELHOS E EQUIPAMENTOS.

EM CONSULTA À TELA "CONSULTA PÚBLICA AO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DE ICMS DO RIO DE JANEIRO", EXTRAÍDO DO ÂMBITO DO SINTEGRA, VERIFICA-SE QUE O ESTABELECIMENTO INSCRITO NO CNPJ Nº 73.511.933/0002-06 SE SUJEITA À APURAÇÃO NORMAL DO ICMS DESDE AGOSTO DE 2003.

ADEMAIS, CONSTATA-SE QUE AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS DA PESSOA JURÍDICA "DENGÉ ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA", DESTINATÁRIA DAS MERCADORIAS, CORROBORAM O FATO DE QUE ESTA EMPRESA NÃO EXERCE A ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO CIVIL, CENTRANDO-SE APENAS NA FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE MÁQUINAS, APARELHOS E EQUIPAMENTOS.

(...)

DESTARTE, SOBRE AS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À EMPRESA "DENGÉ ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA – CNPJ Nº 73.511.933/0002-06", CONTRIBUINTE DO ICMS LOCALIZADA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, APLICA-SE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, DEVENDO SER JULGADO IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO.

(...)

(GRIFOS ACRESCIDOS).

Diante disso, excluem-se as exigências fiscais relativas às operações praticadas com a empresa Denge Engenharia e Consultoria Ltda.

Com relação à Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea "F" do RICMS/02, essa foi corretamente aplicada pela Fiscalização, uma vez que a Impugnante emitiu documentos fiscais com indicações incorretas da alíquota e do imposto devido. Veja-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 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.

Conforme relatado, a penalidade supracitada (art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02) foi majorada em 100% (cem por cento) para os fatos ocorridos até 23/10/12 e em 50% (cinquenta por cento) a partir de 24/10/12, dada a constatação de reincidência, nos termos do art. 53, § § 6º e 7º da referida lei. Confira-se:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

(...)

(Grifos acrescidos).

De acordo com os extratos do Sicaf acostados às fls. 142/144 e 440/442, a caracterização da reincidência pode ser assim demonstrada:

- autuações anteriores:

1) PTA nº 04.002081259-68 (fls. 440/441):

CONSULTA EFETUADA(S)			
VFGAR47I	S I C A F	SEF/MG	
NFGAR47I	Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais	22.06.2015	
M387308	Consulta Dados Complementares - D A F	17:33	
Numero P.T.A.: 04 . 002081259 . 68 Unidade Formadora : 03 . 074 . 461			
Identif. do Veiculo: Placa: U.F.: AI Emitido p/ Parcelamento: N			
Codigo do Banco:	Agencia:	Numero da Conta:	
Numero do Cheque:	Praca de Pagamento:		
Numero OS: 08 . 070004284 . 10 Municipio Ocorr.: 198 Hora Ocorr.: 17 : 27			
Data da Autuacao: 23.10.2007 Data Recebimento Autuacao: 23.10.2007			
Data Emissao AI : Data Recebimento Ai :			
Data Revelia : Data Impugnacao :			

- data do pagamento: 23/10/07;

- efeitos para fins de reincidência: até 23/10/12 (cinco anos)

- penalidade aplicada: art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

2) PTA nº 04.002148196-15 (fls. 441/442):

CONSULTA EFETUADA(S)			
VFGAR47I	S I C A F	SEF/MG	
NFGAR47I	Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais	22.06.2015	
M387308	Consulta Dados Complementares - D A F	17:39	
Numero P.T.A.: 04 . 002148196 . 15 Unidade Formadora : 05 . 367 . 462			
Identif. do Veiculo: Placa: U.F.: AI Emitido p/ Parcelamento: N			
Codigo do Banco:	Agencia:	Numero da Conta:	
Numero do Cheque:	Praca de Pagamento:		
Numero OS: 08 . 090001657 . 98 Municipio Ocorr.: 408 Hora Ocorr.: 15 : 20			
Data da Autuacao: 08.07.2009 Data Recebimento Autuacao: 08.07.2009			
Data Emissao AI : Data Recebimento Ai :			
Data Revelia : Data Impugnacao :			

- data do pagamento: 08/07/09;

- efeitos para fins de reincidência: até 08/07/14

- penalidade aplicada: art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

3) Período objeto da presente autuação: agosto de 2011 a setembro de 2013 (fls. 131/136);

- penalidade aplicada: art. 54, VI da Lei nº 6.763/75.

4) Conclusão:

- dupla reincidência: a partir de agosto de 2011, com efeito até 23/10/12 (majoração de 100%);

- reincidência simples, por decurso de prazo de 05 (cinco anos) da primeira autuação: a partir de 24/10/12.

Assim, corretamente agiu a Fiscalização ao majorar a multa isolada exigida, nos termos do art. 53, § 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Em sessão realizada no dia 30/07/15, a 1ª Câmara de Julgamento exarou o Despacho Interlocutório de fls. 471.

Pronunciando-se às fls. 472/476, a Impugnante informa que, em relação às operações realizadas com as empresas Consórcio Santo Antônio, a Construtora Camargo Corrêa S/A (filial Rondônia) e a Construtora Norberto Odebrecht S/A (filial Rondônia), anexou aos autos os respectivos Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital que atestariam a qualidade de contribuinte junto ao estado de destino.

Destaca, nesse sentido, que “os documentos juntados fazem menção ao ICMS devido pelas empresas também em operações próprias, tornando-se inquestionável, portanto, que tais empresas são sim contribuintes do ICMS em seus respectivos estados”.

Destaca, ainda, que, “em relação ao Consórcio Santo Antônio, além dos Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, a Impugnante junta Guias de Informação e Apuração Mensal do ICMS, tornando também inconteste sua qualidade de contribuinte do ICMS”.

Entende, dessa forma, que restou devidamente comprovado que as empresas destinatárias supracitadas são inequivocamente contribuinte do ICMS, motivo pelo qual estaria correto o seu procedimento, quanto à utilização da alíquota interestadual nas operações por ela praticadas com essas empresas.

Em manifestação às fls. 534, a Fiscalização afirma que os documentos apresentados comprovam que “as empresas em questão são de fato empresas de construção civil uma vez que suas apurações de ICMS não apresentam débitos e créditos de ICMS com operações de circulação de mercadorias, mas apenas débito de ICMS referente a diferença de alíquota sobre ativo permanente e material de uso e consumo”, motivo pelo qual solicita a manutenção integral do feito fiscal.

Conforme supramencionado, independentemente do posicionamento de algumas unidades da Federação em sentido contrário, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se que esse é o posicionamento do STJ acerca da matéria, conforme trecho de decisão retrotranscrito.

Cabe ressaltar que, conforme relatado, a regra legal de enquadramento das empresas de construção civil como empresas prestadoras de serviço, sujeitas à tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), está definida na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, em seus itens 7 a 7.02.

Assim, nas operações interestaduais com essas empresas, deve 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, assim entendida 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, nos termos do § 2º do art. 55 do RICMS/02.

Existem alguns estados, porém, que continuam a equiparar essas empresas a contribuintes do imposto, com amparo no antigo Convênio ICMS nº 71/89, para fins de cobrança do ICMS relativo à diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao uso e consumo ou para compor o ativo imobilizado dessas empresas.

Aparentemente, esse é o caso do estado de Rondônia, onde se encontram sediados estabelecimentos das empresas Consórcio Santo Antonio Civil, Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Construtora Norberto Odebrecht S/A, que promovem recolhimentos de ICMS a título de diferença de alíquota, o que pode ser observado na própria documentação carreada aos autos pela Impugnante.

Contudo, conforme exposto, independentemente do posicionamento do estado destinatário da mercadoria, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Exatamente por esse motivo, a 1ª Câmara de Julgamento, no Despacho Interlocutório de fls. 471, solicitou à Impugnante que trouxesse aos autos “provas de que os destinatários constantes das notas fiscais objeto da autuação praticam com habitualidade operações relativas a circulação de mercadorias, tais como: demonstrativos de apuração mensal do ICMS, comprovantes de recolhimentos mensais do imposto, cópias de livros fiscais em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao tributo e cópias das notas fiscais emitidas para acobertar suas operações”.

Atendendo à solicitação, a Impugnante acostou aos autos a seguinte documentação:

a) relativos à empresa Consórcio Santo Antonio Civil:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, relativos aos meses de janeiro, julho e novembro de 2012, janeiro e abril de 2013 e julho de 2014 (fls. 479/484);

- Guia de Informação e Apuração do ICMS Mensal (GIAM), referentes aos meses de julho de 2009, junho de 2010, julho de 2011, outubro, novembro e dezembro de 2013 e janeiro, julho e dezembro de 2014 (fls. 485/500).

Observe-se que, à exceção do mês de julho de 2014, as guias de apuração do ICMS não se referem aos períodos abrangidos pelos recibos de entrega do SPED fiscal.

b) relativos à empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A:

- Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, referentes aos meses de janeiro e dezembro de 2012 e fevereiro de 2015 (fls. 502/504);

- Registros Fiscais dos Documentos de Entradas e Saídas de Mercadorias e Aquisição e Prestação de Serviços, relativos ao mês de fevereiro de 2015 (fls. 506/507).

c) relativos à empresa Construtora Norberto Odebrecht S/A:

- somente Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, referentes aos meses de novembro de 2012, junho de 2013 e janeiro de 2014 (fls. 509/511).

No entanto, os documentos juntados pela Impugnante, relativos às operações realizadas com os estabelecimentos supracitados, todos sediados no estado de Rondônia, não comprovam a condição de contribuintes do ICMS das referidas empresas, conforme a seguir demonstrado.

Destaque-se, nesse sentido, que os Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital acostados às fls. 479/484, 502/504 e 509/511, cujos dados estão reproduzidos nos quadros a seguir, não comprovam, isoladamente, a condição de contribuintes do ICMS das empresas em questão, uma vez que trazem uma mera síntese dos dados declarados pelas empresas, que não permitem a averiguação da natureza das operações e dos débitos de ICMS neles informados.

A título de exemplo, os dados referentes aos recibos do SPED fiscal da empresa Consórcio Santo Antônio Civil podem ser assim resumidos:

CONSÓRCIO SANTO ANTONIO CIVIL - CNPJ: 10.709.781/0001-41 - IE: 1763211 - UF RO				
RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL				
PERÍODO	DÉBITOS DE ICMS	CRÉDITOS DE ICMS	ICMS A RECOLHER	FL. AUTOS
jan-12	13.966,59	0,00	1.093.488,56	479
jul-12	38.860,45	0,00	1.371.596,35	480
nov-12	52.496,96	0,00	23.140,36	481
jan-13	10.193,20	0,00	817.573,52	482
abr-13	20.206,55	0,00	979.875,73	483
jul-14	47.587,59	0,00	778.968,43	484

Não obstante o supramencionado, quanto à impossibilidade de se verificar a natureza das operações, em função de se tratar de uma mera síntese da apuração,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

verifica-se que inexistem créditos de ICMS por entradas de mercadorias ou serviços tomados.

A ausência de créditos de ICMS também ocorre com as empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Construtora Norberto Odebrecht S/A. Confira-se:

CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA - CNPJ: 61.522.512/0031-28 - IE: 1729659 - UF RO				
RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL				
PERÍODO DE APURAÇÃO	DÉBITOS DE ICMS	CRÉDITOS DE ICMS	ICMS A RECOLHER	FL. AUTOS
jan-12	1.776,00	0,00	383.627,00	502
dez-12	17.158,95	0,00	588.517,00	503
fev-15	564.336,94	0,00	237.997,74	504

CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A - CNPJ: 15.102.288/0331-96 - IE: 2881250 - UF: RO				
RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL				
PERÍODO DE APURAÇÃO	DÉBITOS DE ICMS	CRÉDITOS DE ICMS	ICMS A RECOLHER	FL. AUTOS
nov-12	241,94	0,00	45.250,35	509
jun-13	935,51	0,00	57.221,62	510
jan-14	236,79	0,00	48.915,23	511

Ora, pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, inexistindo créditos pelas entradas, os débitos pelas saídas ou são restituíveis ou são compensados de alguma forma na escrita fiscal dessas empresas, como ocorreu, por exemplo, no mês de julho de 2009, com a empresa Consórcio Santo Antônio Civil, em que esta compensou débitos de ICMS, no valor de R\$ 4.885,83 (quatro mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e oitenta e três centavos), relativos às devoluções de compra (fls. 486), mediante lançamento de estorno de débito em idêntico valor, conforme quadro ilustrativo a seguir.

Após esse procedimento, a referida empresa recolheu o valor correspondente a R\$ 1.059.700,77 (um milhão, cinquenta e nove mil, setecentos reais e setenta e sete centavos), quantia exatamente igual ao valor referente à diferença de alíquota, em função de aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo e de bens para compor o seu ativo imobilizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSÓRCIO SANTO ANTONIO CIVIL - CNPJ: 10.709.781/0001-41 - IE: 1763211 - UF RO									
GIAM - GUIA DE INFORMAÇÃO A APURAÇÃO DO ICMS MENSAL - FL. 485									
PERÍODO	CRÉDITOS				DÉBITOS				SALDO A REC
	CRÉDITOS DO PERÍODO	OUTROS CRÉDITOS	ESTORNO DE DÉBITOS	TOTAL DOS CRÉDITOS	DÉBITOS DO PERÍODO	OUTROS*** DÉBITOS	ESTORNO DE CRÉDITOS	TOTAL DE DÉBITOS	
jul-09	0,00	0,00	4.885,83	4.885,83	4.885,83	1.059.700,77	0,00	1.064.586,60	1.059.700,77
*** ICMS RELATIVO À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA - AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAIS DE USO E CONSUMO - VIDE FL. 485									

Ressalte-se, por oportuno, que ao se analisar as Guias de Informação e Apuração do ICMS Mensal acostadas às fls. 485/500, inerentes à empresa Consórcio Santo Antônio Civil, verifica-se a ocorrência dos seguintes fatos:

a) Quanto às Entradas:

De acordo com os Códigos Fiscais de Operações indicados nas referidas guias, constata-se que não há aquisições de mercadorias para revenda (inexiste, por exemplo, operações com o CFOP 1.102 - compras para comercialização).

As entradas referem-se a aquisições diversas, como compra de bens para o ativo imobilizado, compra de materiais de uso e consumo, entrada de bonificação, doação ou brinde, aquisição de serviço tributado pelo ISSQN, entrada de energia elétrica, serviços de transporte tomados, retorno de mercadoria remetido para conserto ou reparo, “outras entradas ou prestação de serviços não especificadas” (CFOP 1.949), etc.

b) Quanto às Saídas:

Inexistem, também, débitos de ICMS relativos às vendas de mercadorias (atos de mercancia).

Os débitos referem-se às devoluções (de bens do ativo imobilizado, de materiais de uso e consumo, etc.), à diferença de alíquota referente às aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo ou para integração do ativo imobilizado da empresa, outras saídas não especificadas, etc., conforme ilustrado no quadro a seguir, onde os valores relativos às entradas foram consolidados, pela Assessoria do CC/MG, na rubrica denominada “Entradas Diversas”:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSÓRCIO SANTO ANTONIO CIVIL - CNPJ: 10.709.781/0001-41 - IE: 1763211 - UF RO							
GIAM - GUIA DE INFORMAÇÃO A APURAÇÃO DO ICMS MENSAL - FLS. 485/491							
PERÍODO	CRÉDITOS DE ICMS			DÉBITOS DE ICMS			
	NATUREZA	VR. CONTÁBIL	CRÉDITO ICMS	NATUREZA	VR. CONTÁBIL	DÉBITO ICMS	SDO A REC
jul-09	ENTRADAS DIVERSAS	29.484.294,36	0,00	DEVOLUÇÃO DE COMPRA	203.870,53	4.885,83	1.059.700,77
	ESTORNO DÉBITO		4.885,83	DIF. ALÍQUOTA - USO/CONSUMO		1.059.700,77	
jun-10	ENTRADAS DIVERSAS	35.967.982,34	0,00	DEVOLUÇÃO DE BEM DO ATIVO IMOB.	18.630,66	801,19	1.189.047,13
	ESTORNO DÉBITO		11.055,12	DEVOLUÇÃO DE MAT. USO/CONSUMO	66.295,52	4.292,33	
				REMESSA EM BONIF., DOAÇÃO OU BRINDE	22.611,00	2.713,32	
				OUTRAS SAÍDAS	32.792,67	108,78	
				DIF. ALÍQUOTA - USO/CONSUMO		1.138.130,11	
			DIF. ALÍQUOTA - ATIVO FIXO		54.056,52		
jul-11	ENTRADAS DIVERSAS	36.267.712,35	0,00	DEVOLUÇÃO DE COMPRA	2.121,86	232,64	895.148,14
	ESTORNO DÉBITO		27.767,86	VENDA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	276.432,22	6.934,37	
				DEVOLUÇÃO DE MAT. USO/CONSUMO	13.297,00	910,00	
				OUTRAS SAÍDAS	3.583.247,66	5.889,58	
				NÃO ESPECIFICADO		8.795,89	
				DIF. ALÍQUOTA - USO/CONSUMO		885.446,38	
			DIF. ALÍQUOTA - ATIVO FIXO		14.707,14		

Tais conclusões se aplicam à empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, conforme demonstrado no quadro a seguir, cujos dados foram extraídos dos Registros Fiscais de Entradas e Saídas acostados às fls. 506/507.

CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A - CNPJ: 61.522.512/0031-28 - IE: 1729659 - UF: RO							
REGISTROS FISCAIS DE ENTRADAS E SAÍDAS - FLS. 506/507							
PERÍODO	CRÉDITO DE ICMS			DÉBITOS DE ICMS			
	NATUREZA	VR. CONTÁBIL	CRÉDITOS	NATUREZA	VR. CONTÁBIL	DÉBITOS ICMS	DÉBITO TOTAL
fev-15	ENTRADAS DIVERSAS	10.100.883,89	0,00	VENDA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	3.870.020,00	127.523,68	564.336,94
				REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE	32.180,00	5.691,59	
				OUTRAS SAÍDAS DE MERCADORIAS/PREST. SERV.	618.783,95	99.868,15	
				TRANSFERÊNCIAS - ATIVO IMOBILIZADO	2.595.972,30	311.516,67	
				TRANSFERÊNCIAS - MAT. USO E CONSUMO	164.473,69	19.736,85	

Quanto à empresa Construtora Norberto Odebrecht S/A, não é possível esse tipo de análise, uma vez que a Impugnante, como já ressaltado, trouxe aos autos somente os Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital da referida, referentes aos meses de novembro de 2012, junho de 2013 e janeiro de 2014 (fls. 509/511).

Assim, ainda que o estado de Rondônia dispense a essas empresas tratamento equiparado a contribuintes do imposto, o que se verifica é que tais empresas, pelo que dos autos consta, não produzem e não adquirem bens com o intuito de comercialização, isto é, não praticam operações diferentes da sua real atividade, que é a construção civil.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui-se, portanto, que a Impugnante não conseguiu comprovar a condição de contribuintes do ICMS das empresas de construção civil destinatárias das mercadorias.

Em virtude disso, correto o procedimento fiscal ao exigir a diferença de ICMS apurada, pois nas operações interestaduais com as referidas empresas, deveria ter sido aplicada a alíquota prevista para as operações internas, e não a interestadual, como fez a Impugnante.

Portanto, observada a retificação já citada, em relação à empresa Denge Consultoria e Engenharia Ltda., o crédito tributário está correto, sendo legítimas as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, esta última majorada em 100% (cem por cento) para os fatos ocorridos até 23/10/12 e em 50% (cinquenta por cento) a partir de 24/10/12, dada a constatação de reincidência.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que sejam excluídas as exigências fiscais relativas às operações praticadas com a empresa “Denge Engenharia e Consultoria Ltda”, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Andrês Dias de Abreu e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 25 de fevereiro de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

P