

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.473/10/3ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000162109-20  
Impugnação: 40.010125574-55  
Impugnante: SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda  
IE: 367371668.00-29  
Proc. S. Passivo: Francisco Prudente de Souza/Outros  
Origem: DF/Juiz de Fora

### **EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS APROVEITAMENTO INDEVIDO – RESOLUÇÃO n° 3.166/01. Imputação de apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga ao Estado de origem, decorrente de benefício fiscal concedido unilateralmente, ao desamparo de convênio interestadual e em desacordo com a regra estabelecida no § 1º do art. 62 do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, XXVI da Lei n° 6.763/75. Entretanto, deve ser excluída a parcela relativa às aquisições em que se comprovou a não utilização do benefício fiscal na origem. Infração caracterizada em parte.**

**ALÍQUOTA DO ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – CONSTRUÇÃO CIVIL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - REMESSA À CONSUMIDOR FINAL. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessa de mercadorias para não contribuintes do imposto (empresas de construção civil). Exigências de ICMS e de Multa de revalidação prevista no art. 56, II da Lei n° 6763/75. Reformulação de crédito tributário pelo Fisco. Entretanto, devem ser excluídas as exigências até 31/12/04 e nas remessas em que se comprovou a realização de comercialização de mercadorias pelo destinatário.**

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre recolhimento a menor de imposto no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, em decorrência de:

a) aproveitamento de crédito de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem;

b) vendas para empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com a legislação tributária vigente.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 672/685, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 748/761.

O crédito tributário foi reformulado pelo Fisco para exclusão das exigências relativas à nota fiscal 064139 (fls. 734/735), tendo sido reaberto ao Contribuinte o prazo de 10 (dez) dias.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls.764/774, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

---

## **DECISÃO**

### **Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração**

Os argumentos da Impugnante são no sentido de arguir a nulidade do Auto de Infração em face de ausência de provas que motivaram o lançamento cujo encargo de provar, no seu entendimento, é atribuição do Fisco. Alega ainda que não ficou comprovado qual o benefício efetivamente aproveitado pelo seu fornecedor.

Assim, afirma que houve cerceamento do seu direito de defesa, em razão de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Não procede a arguição da Impugnante, pois o Auto de Infração foi lavrado mediante procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, sendo composto de diversas planilhas as quais foram encaminhadas ao Contribuinte e encontram-se anexadas às fls. 05/13 dos autos, demonstrando, detalhadamente, as irregularidades praticadas pela Autuada e a origem das exigências fiscais.

A descrição das irregularidades cometidas consta claramente no campo “Relatório” do Auto de Infração (fls. 03/04) e no “Relatório Fiscal-Contábil” (fls. 05/09), 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 os itens estornados, 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 a nulidade do Auto de Infração.

Com efeito, o fato de o sujeito passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, inexistem os vícios materiais arguidos pela Impugnante, não havendo que se falar em nulidade da autuação.

**Do Mérito**

Consoante relato acima versa a autuação sobre recolhimento a menor de imposto no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008 em decorrência da prática das seguintes irregularidades:

1) aproveitamento de créditos de ICMS, destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, explicitados na Resolução nº 3166/01, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem.

2) constatação de que o contribuinte efetuou vendas para empresas de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se indevidamente de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, ao arrepio da legislação tributária vigente.

O Fisco elaborou o Relatório Fiscal-Contábil contendo o detalhamento das irregularidades apuradas e respectiva capitulação das infringências e penalidades e, o demonstrativo do crédito tributário por exercício e período (fls. 736/740).

O trabalho fiscal contém, ainda, o Demonstrativo da Recomposição da Conta Gráfica (fls. 10/13); o Demonstrativo do Estorno de Crédito da Resolução nº 3.166/01 (fls. 18/30; 76/86; 123/139; 228/242 e 406/415) e o Demonstrativo da Aplicação Incorreta da Alíquota Interestadual.

**Aproveitamento Indevido de Crédito de ICMS – Estorno de Crédito da Resolução nº 3.166/01.**

Verifica-se por meio do relatório de recomposição da conta gráfica, a ocorrência do aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à compensação integral de imposto destacados em notas fiscais de operações interestaduais, cujos remetentes das mercadorias são beneficiários de incentivos fiscais, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, contrariando o disposto no art. 1º da Resolução SEF/MG nº 3.166/01.

Figuram como emitentes das notas fiscais objeto do estorno as empresas: a) Companhia Brasileira de Alumínio, CNPJ 61.409892/0062-95, estabelecida no Rio de Janeiro, b) Diaço Distribuidora de Aço Ltda. CNPJ 28.168102/0001-30, estabelecida no Espírito Santo e, c) Wurth do Brasil Peças de Fixação Ltda. CNPJ 43.648971/0019-84, estabelecida em Brasília.

Analisando cada situação no contexto da Resolução, tem-se que:

a) Companhia Brasileira de Alumínio, CNPJ 61.409892/0062-95, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, cujas operações se enquadram no subitem 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (mercadorias em geral), e alcança as “NF emitidas por atacadistas e centrais de distribuição emitidas a partir de 30/09/03” (fls.16).

Atente-se para o fato de a Resolução contemplar as “notas fiscais emitidas por atacadistas ou centro de distribuição”. Significa dizer, que o estorno não alcança as

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notas fiscais de “venda de produção do estabelecimento”, referente a operações classificadas, por exemplo, no CFOP 6.101.

É de se notar que a auditoria nos documentos fiscais é realizada a partir da classificação fiscal da operação, ou seja, relevante para se determinar o enquadramento da operação, nos termos da Resolução, é a identificação da Classificação Fiscal da Operação e Prestação – CFOP.

Nesse sentido, da análise das notas fiscais (fls.87/95), verifica-se que as operações correspondentes estão classificadas pelo remetente no CFOP 6.102 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Portanto, se trata de operação para a qual a Resolução determina o estorno do crédito presumido concedido de 1,5% (um e meio por cento).

b) Diaço Distribuidora de Aço Ltda., CNPJ 28.168102/0001-30, estabelecida no Espírito Santo, cujas operações se enquadram no subitem 1.22, do Anexo Único da Resolução nº3.166/01 (Estabelecimento Atacadista), e alcança, portanto, as “NF de Estabelecimento Atacadistas emitidas a partir de 01/08/03”.

No que tange à auditoria destes documentos fiscais, se aplica o mesmo raciocínio desenvolvido para a situação anterior. Quer dizer, o critério de enquadramento ou não na dita resolução está vinculado à classificação fiscal (CFOP) da operação utilizado pelo remetente da mercadoria.

Exemplificando, a partir da análise das notas fiscais de fls. 99/102, se constata que as operações encontram-se classificadas pelo remetente no CFOP 6.123 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização”. Portanto, se trata de operação para a qual a Resolução impõe o estorno do crédito presumido concedido de 11% (onze por cento).

c) Wurth do Brasil Peças de Fixação Ltda., CNPJ 43.648971/0019-84, estabelecida em Brasília – DF, cujas operações se enquadram no subitem 5.15, do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (Atacadista ou distribuidor de outras mercadorias não relacionadas nos subitens 5.1 a 5.14), e alcança as “NF emitidas a partir de 23/06/99”.

Neste caso, também é válido o raciocínio desenvolvido nas situações anteriores. Assim, pode-se afirmar que o critério para enquadramento na resolução, também está vinculado ao CFOP da operação.

A partir da análise das notas fiscais de fls. 156, se constata que as operações encontram-se classificadas pelo remetente no CFOP 6.102 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Portanto, se trata de operação para a qual a resolução estabelece o estorno do crédito presumido concedido de 9,5% (nove e meio por cento).

Logo, não há dúvida sob o enquadramento das operações de entradas envolvendo as operações, na Resolução nº 3.166/01, o que justifica, em tese, o estorno dos créditos em questão.

A exigência do estorno do ICMS aproveitado da parcela não cobrada na origem, não se fundamenta exclusivamente na Resolução nº 3.166/01, mas em

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disposições inseridas na legislação, e, sobretudo, na Constituição Federal/88, que determina através do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", que a lei complementar disporá sobre a forma como Estados e Distrito Federal concederão isenções, benefícios e incentivos fiscais.

Assim, a concessão de benefícios fiscais por um Estado, sem a celebração de convênio ratificado pelas demais Unidades da Federação, infringe normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo este ato e sem efeito o crédito fiscal do estabelecimento adquirente das mercadorias, conforme determinação contida na Lei Complementar nº. 24/75.

Na legislação tributária mineira, tal princípio está inserido no art. 28, § 5º, da Lei nº 6.763/75 abaixo transcrito:

LEI 6763/75

Art. 28- O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.

De se destacar que a legislação tributária mineira, especificamente no § 1º do art. 62 do RICMS/02, considera não cobrada a parcela do imposto beneficiada com incentivos fiscais concedidos indevidamente, dispondo o seguinte:

RICMS/02

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

E ordena estornar valor de imposto destacado e não cobrado na origem:

RICMS/02

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento.

Com isto, tais disposições são juridicamente suficientes para fundamentar o estorno de crédito por concessão de benefício à revelia do CONFAZ, aplicando-se a todo o período fiscalizado.

A publicação da Resolução nº 3.166/01 fez-se necessária, como é citado no seu texto, para esclarecer o contribuinte mineiro e orientar a fiscalização quanto às operações realizadas ao abrigo de atos normativos, concessivos de benefícios fiscais, que não observaram a legislação de regência do tributo ao serem emanados.

Depreende-se, assim, que os estornos dos créditos efetuados pelo Fisco não ofendem o princípio da não cumulatividade do imposto. Ao contrário, foram efetuados com a estrita observância do mesmo.

Corroborando o trabalho fiscal, cumpre ressaltar a decisão do STF sobre o assunto, no julgamento do ADI 2548 de novembro de 2006, cuja ementa encontra-se às fls.752.

Os benefícios fiscais que resultaram no estorno do ICMS, objeto desta ação fiscal, foram concedidos aos contribuintes dos Estados de origem com base nos atos normativos trazidos pelo Fisco (fls. 753/755), sendo: RICMS do Estado do Espírito Santo, Decreto nº 20.322/99 e a Portaria nº 293/99 do Distrito Federal, e na Lei nº 4.173/03 do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, havendo a possibilidade de fruição de benefício irregularmente concedido pelos estados envolvidos, bem como pelo Distrito Federal, somente uma prova incontestável de não utilização dos benefícios levaria à admissão do crédito pelas aquisições das mercadorias.

Em relação às remessas originárias de Brasília/DF e Espírito Santo, nenhuma informação adicional foi carreada aos autos pela Impugnante.

Entretanto, em relação às remessa oriundas da Companhia Brasileira de Alumínio, a Impugnante juntou aos autos os documentos (fls. 690/695), em que a empresa informa à Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro a não fruição de qualquer benefício fiscal, bem como declaração prestada pelo mesmo contribuinte que não utilizou do mencionado benefício no período que menciona.

Isoladamente, a declaração firmada pela empresa carece de maior robustez. Entretanto, com a criação pelo Estado do Rio de Janeiro de documentos oficiais que devem ser entregues àquele Estado com informações sobre a utilização ou não dos benefícios fiscais vinculados aos contribuintes, verifica-se um reforço ao evento declarado.

Assim, considerando que a empresa Companhia Brasileira de Alumínio declarou à Impugnante e ao Fisco mineiro que não se utilizou de benefícios fiscais no

período fiscalizado, bem como encaminhou à Secretaria de Fazenda do Rio de Janeiro a mesma informação, em documento oficial, não cabe a contestação ao crédito do ICMS, que se mostra legítimo.

Desta forma, se constatado em momento futuro a fraude documental, deve o Estado de Minas Gerais ingressar com ação penal contra os envolvidos, de forma a neutralizar a emissão fraudulenta de declarações e documentos públicos.

#### **Alíquota Incorreta – Aplicação da Alíquota Interestadual.**

Trata-se o presente item de utilização indevida de alíquota interestadual para as operações destinadas a não contribuintes, em especial empresas de construção civil, uma vez que tais estabelecimentos não atuam como contribuintes do ICMS.

De início cabe destacar que devem ser excluídas as exigências (alíquota interestadual para alíquota interna) relativas às notas fiscais emitidas no exercício de 2004, enquanto vigorava na legislação mineira as normas do Convênio ICMS nº 71/89.

Considerando-se que o Estado de 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, constata-se total incoerência da Fiscalização, com a vênia devida, de exigir, no período anterior à denúncia, o mesmo procedimento exigido dos contribuintes a partir da denúncia.

Fica claro tal entendimento quando se constata que no período anterior à denúncia, o Fisco promoveu vários lançamentos exigindo das empresas de construção civil estabelecida no nosso Estado o “diferencial” entre as alíquotas interna e interestadual e todos esses trabalhos, sem exceção, foram aprovados neste CC/MG.

Logicamente que tal exigência continha o pressuposto de se considerar as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS.

Portanto, o Fisco não pode querer atuar nas duas frentes, ou seja, exigindo o diferencial de alíquotas na entrada de bens oriundos de outros Estados e exigindo a alíquota cheia (18%) ao mesmo tempo nas saídas interestaduais.

Relativamente às operações realizadas a partir de 1º/01/05, em conformidade com o disposto no § 12 do art. 42 da Parte Geral do RICMS/02, a utilização da alíquota interestadual para as saídas destinadas as empresas de construção civil dependeria da comprovação inequívoca, pelo remetente, que a destinatária realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias, o que efetivamente não foi feito pela Autuada.

Há que se ponderar que a inscrição é uma formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade das empresas de construção civil. O fato de a empresa possuir inscrição estadual e *status* de contribuinte, conforme consulta básica ao Cadastro Público do SINTEGRA, tal argumento não cria qualquer substância efetiva.

O § 12 do art. 42 do RICMS, Decreto estadual nº 43.080/02, define:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

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

(MG DE 28/10/2005)

**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.

(...)

**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. (GRIFOU-SE)

POR ÚLTIMO, ACRESCENTA-SE, O CONTRIBUINTE, REMETENTE DA MERCADORIA, QUE APLICAR A ALÍQUOTA INTERESTADUAL (12%

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 A DIFERENÇA ENTRE A ALIQUOTA INTERNA E A ALIQUOTA 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 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, III, e art. 155, §2º, inc. 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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 759/760.

Por outro lado, constata-se que o crédito tributário foi reformulado para exclusão das exigências relativas à nota fiscal nº 064139, uma vez que já havia sido incluída no Auto de Infração nº 01.000151536-98 de mesma fundamentação.

Desse modo os documentos juntados pela Impugnante às fls. 697/718 não configuram provas da condição de contribuintes dos destinatários, salvo o caso da empresa LOK ANDAIMES.

Em relação a essa empresa, foi anexada cópia de nota fiscal série “D” (fls. 722/724), demonstrando algumas vendas de escadas de alumínio, disco de serra, dentre outros produtos.

Muito embora tais documentos não comprovem à exaustão a existência de habitualidade nas operações relativas ao ICMS, não deixa de lançar alguma dúvida sobre a condição de contribuinte da destinatária. Assim, considerando a existência de operações de circulação de mercadorias, é de bom alvitre admitir a utilização da alíquota interestadual, devendo-se cancelar as exigências inerentes a LOK ANDAIMES- Locação de Equipamentos Industriais Ltda.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas pela Impugnante. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 733/744, excluindo-se, ainda, as exigências: a) de estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio; b) relativas às remessas para empresas de construção civil até 31/12/04; c) inerentes às remessas para LOK ANDAIMES- Locação de Equipamentos Industriais Ltda. Vencidos, em parte, o Conselheiro René de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Oliveira e Souza Júnior (Relator) que não excluía as exigências vinculadas à Companhia Brasileira de Alumínio e, o Conselheiro Vander Francisco Costa (Revisor) que as excluía somente até o exercício de 2007. Vencido, também, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia que julgava improcedente as exigências inerentes às remessas de mercadorias para empresas de construção civil, no tocante às destinatárias que apresentaram declaração do Fisco de destino, dando conta da condição de contribuinte. Designado relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Francisco Prudente de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

**Sala das Sessões, 30 de março de 2010.**

**Roberto Nogueira Lima**  
**Presidente/Relator Designado**

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

Acórdão: 19.473/10/3ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000162109-20  
Impugnação: 40.010125574-55  
Impugnante: SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda  
IE: 367371668.00-29  
Proc. S. Passivo: Francisco Prudente de Souza/Outro(s)  
Origem: DF/Juiz de Fora

---

Voto proferido pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, 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 a autuação sobre recolhimento a menor de imposto, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, em decorrência da prática das seguintes irregularidades:

1) aproveitamento de créditos de ICMS, destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, explicitados na Resolução nº 3166/01, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem;

2) constatação de que o contribuinte efetuou vendas para empresas de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se indevidamente de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, ao arrepio da legislação tributária vigente.

A 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 733/744, excluindo-se, ainda, as exigências: a) de estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio; b) relativas às remessas para empresas de construção civil até 31/12/04; c) inerentes às remessas para LOK ANDAIMES - Locação de Equipamentos Industriais Ltda.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão se refere apenas às exigências de estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio e decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A Companhia Brasileira de Alumínio, CNPJ 61.409892/0062-95, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, cujas operações se enquadram no subitem 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 (Mercadorias em geral), e alcança as “NF emitidas por atacadistas e centrais de distribuição emitidas a partir de 30/09/03” (fls.16).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Atente-se para o fato de a Resolução contemplar as “notas fiscais emitidas por atacadistas ou centro de distribuição”. Significa dizer, que o estorno não alcança as notas fiscais de “venda de produção do estabelecimento”, referente a operações classificadas, por exemplo, no CFOP 6.101.

É de se notar que a auditoria nos documentos fiscais é realizada a partir da classificação fiscal da operação, ou seja, relevante para se determinar o enquadramento da operação, nos termos da Resolução, é a identificação da Classificação Fiscal da Operação e Prestação – CFOP.

Nesse sentido, da análise das notas fiscais de entrada, por exemplo, as de fls. 87 a 95, verifica-se que as operações correspondentes estão classificadas (pelo remetente) no CFOP 6.102 – “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Portanto, se trata de operação para a qual a Resolução determina o estorno do crédito presumido concedido de 1,5% (um e meio por cento).

Não há dúvida sob o enquadramento das operações de entradas envolvendo as operações, na Resolução nº 3.166/01, o que justifica o estorno dos créditos em questão. Os fundamentos adotados por este Conselheiro, quanto a essa questão, são os mesmos expostos no voto vencedor.

A argumentação de que os documentos anexados pelo Impugnante (fls. 690 a 695), quais sejam, os documentos informando para a Secretaria de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro e declaração prestada pelo mesmo contribuinte que não teve qualquer benefício fiscal, não se sustenta. É de se notar que tais documentos não apresentam qualquer identificação do emitente, tratando-se de cópias sem qualquer valor para modificar o feito fiscal.

A única prova aceitável de que a Companhia Brasileira de Alumínio não utilizou o benefício fiscal seria a juntada aos autos de cópia autenticada dos livros de registro de entradas, saídas e apuração do ICMS, relativos ao seu estabelecimento situado no Estado do Rio de Janeiro, bem como cópia dos documentos de arrecadação, devidamente autenticados pelo Fisco do Rio de Janeiro ou pela unidade fazendária mineira de circunscrição do Autuado.

Nenhum esforço foi feito nesse sentido e os documentos apresentados não provam que a Companhia Brasileira de Alumínio não utilizou o benefício fiscal em comento.

Diante do acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 733/744, excluindo-se, ainda, as exigências: a) relativas às remessas para empresas de construção civil até 31/12/04; b) inerentes às remessas para LOK ANDAIMES - Locação de Equipamentos Industriais Ltda.

**Sala das Sessões, 30 de março de 2010.**

**René de Oliveira e Sousa Júnior**  
**Conselheiro**

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

---

Acórdão:	19.473/10/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000162109-20	
Impugnação:	40.010125574-55	
Impugnante:	SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda	
	IE: 367371668.00-29	
Proc. S. Passivo:	Francisco Prudente de Souza/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

---

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, 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.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de imposto no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, em decorrência de:

a) aproveitamento de crédito de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por empresas atacadistas localizadas nos Estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro, cujos remetentes se aproveitaram de benefícios fiscais concedidos em desacordo com a legislação tributária, uma vez que tais valores de ICMS não foram regularmente recolhidos aos Estados de origem;

b) vendas para empresas de construção civil localizadas em outras Unidades da Federação, utilizando-se de alíquota de ICMS prevista para operação interestadual, em desacordo com a legislação tributária vigente.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

O cerne da questão aqui discutido é relativo às empresas de construção civil estarem ou não sujeitas ao ICMS na hipótese dos autos.

Importante salientar 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. 759/760.

Não bastasse, os documentos juntados pela empresa Autuada às fls. 697/718, embora não atestem a habitualidade na prática de operações como contribuintes, certo é que comprovam inequivocamente a sua situação como tais.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São declarações confeccionadas de forma idônea que, *data vênia*, e não podem ser desconsideradas como prova para a condição de contribuinte das empresas.

Aliás, não há outra forma de se comprovar que as empresas são contribuintes do imposto, a não ser pelas declarações acima mencionadas, pelo que devem ser excluídas do crédito tributário as exigências inerentes às remessas de mercadorias para empresas de construção civil, no tocante às destinatárias que apresentaram declaração do Fisco de destino, dando conta da condição de contribuinte.

Desse modo os documentos juntados pela Impugnante às fls. 697/718 configuram provas da condição de contribuintes dos destinatários, conforme demonstrado nos autos.

**Sala das Sessões, 30 de março de 2010.**

**Luiz Fernando Castro Trópia  
Conselheiro**

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

---

Acórdão:	19.473/10/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000162109-20	
Impugnação:	40.010125574-55	
Impugnante:	SBA Peças Acabadas de Alumínio Ltda	
	IE: 367371668.00-29	
Proc. S. Passivo:	Francisco Prudente de Souza/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

---

Voto proferido pelo Conselheiro Vander Francisco Costa, 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.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A diferença com o voto do relator esta limitada a parte da decisão referente ao estorno de crédito da Companhia Brasileira de Alumínio, posterior ao exercício de 2007 resumida no item “a)” nos seguintes termos:

“a) de estorno de crédito inerente às aquisições junto à Companhia Brasileira de Alumínio; “

O documento juntado pela Impugnante para comprovar a não fruição de qualquer benefício fiscal, a partir de 2007 apesar de retirado de site da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro informava de forma genérica a não utilização de qualquer benefício pela Companhia, e ainda trazia a informação da impossibilidade de ser usado como prova indiscutível e desta forma não convencendo este conselheiro do cumprimento da legislação mineira que condiciona o crédito ao efetivo pagamento do ICMS na etapa anterior, ou seja, ao não aproveitamento de incentivo dado por outra unidade da federação sem a aprovação do CONFAZ e a ratificação pelo Estado de Minas Gerais.

Desta forma, entendeu este conselho estar correto os estornos de créditos oriundos da Companhia Brasileira de Alumínio realizados pela Fiscalização, posteriores ao exercício de 2007.

**Sala das Sessões, 30 de março de 2010.**

**Vander Francisco Costa  
Conselheiro**