

Acórdão: 15.644/02/1^a
Impugnação: 40.010103210-21
Impugnante: Usiminas Mecânica S/A
Proc. S. Passivo: Carlos Alberto Lucidi/Outro
PTA/AI: 01.000117833-36
Inscrição Estadual: 313.025169.01-48(Autuada)
Origem: AF/ Ipatinga
Rito: Ordinário

EMENTA

ALÍQUOTA DO ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatado vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outro Estado, utilizando, indevidamente, a alíquota interestadual. Infração caracterizada e reconhecida pela Autuada que promoveu o recolhimento em fase de TO.

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – Remessa de mercadorias diversas para a Zona Franca de Manaus, ao abrigo indevido da isenção tratada no art. 13, inciso IX do RICMS/91 e item 57 do Anexo I do RICMS/96, tendo em vista que restou demonstrado nos autos que as mercadorias não se destinavam a posterior comercialização ou industrialização, e sim para serem empregadas nas prestações de serviços de construção civil que são tributadas pelo ISS, nos termos do item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 56/87. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário feita pelo Fisco. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO - CONSTRUÇÃO CIVIL – Comprovado nos autos que parte das mercadorias objeto da autuação se referem a materiais adquiridos de terceiros e que foram destinados para emprego em obra contratada, cujas saídas estão ao abrigo da não-incidência prevista no art. 179 do Anexo IX do RICMS/96. As exigências fiscais devem prevalecer apenas em relação às mercadorias de fabricação própria da Impugnante, fora do local da prestação do serviço, relacionadas no Anexo II do Laudo Pericial de fls., excluindo-se, entretanto, as movimentações de bens integrantes ao Ativo Permanente da empresa, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS em virtude das seguintes irregularidades:

1- Utilização indevida de alíquota interestadual, na saída destinada a não contribuinte – quadro 1.1 (Quitada em fase de TO).

2- Utilização indevida de isenção, na saída destinada a zona franca de Manaus, de mercadoria não sujeita a posterior industrialização ou comercialização, destinada à empresa de construção civil (montagem de estruturas) – quadro 2.1 anexo ao TO.

3- Utilização indevida de não incidência:

3.1- na saída de mercadoria destinada a não contribuinte e indevidamente classificada como transferência – quadro 3.1 anexo ao TO.

3.2- na saída de mercadoria remetida pela Autuada indevidamente classificada como movimentação de material de empresa de construção civil quadro 3.1 anexo ao TO.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 411 a 417, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 588 a 591.

Às fls. 692/693, a Auditoria Fiscal decidiu deferir o requerimento de prova pericial, apresentando, ao final, os seus quesitos. O Fisco às fls. 698 a 700 apresentou os seus quesitos. Designado o Perito à fl. 697, o mesmo apresentou o Laudo de fls. 704 a 718, e os anexos de fls. 719 a 1.381. A Autuada se manifesta a respeito (fl. 1.384) e o Perito à fl. 1.386.

A Auditoria Fiscal determinou a diligência de fl. 1.388, a qual foi atendida com a manifestação da Autuada às fls. 1.391 a 1.413 e do Fisco às fls. 1.415 a 1.459.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.466 a 1.474, opina pela procedência parcial do lançamento, para acatar o pagamento do item 1 do Auto de Infração feito em fase de TO, ratificando a reformulação feita pelo Fisco às fls. 669 a 686, no tocante à segunda irregularidade e, em relação ao item 3 do Auto de Infração, para que as exigências prevaleçam apenas em relação ao Anexo II do Laudo ofertado pelo Perito Oficial, excluídas as movimentações de bens pertencentes ao Ativo Permanente da Impugnante.

DECISÃO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS em função das seguintes irregularidades: 1) Utilização indevida de alíquota interestadual, na saída destinada a não contribuinte – quadro 1.1 – quitada ainda em fase de TO; 2) Utilização indevida de isenção, na saída destinada à Zona Franca de Manaus, de mercadoria não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeita a posterior industrialização ou comercialização, destinada à empresa de construção civil (montagem de estruturas) – quadro 2.1 anexo ao TO; 3) Utilização indevida de não incidência: 3.1) na saída de mercadoria destinada a não contribuinte e indevidamente classificada como transferência; 3.2) na saída de mercadoria remetida pela autuada indevidamente classificada como movimentação de material de empresa de construção civil - quadro 3.1 anexo ao TO.

Analisando as exigências contidas no item 2 do Auto de Infração, temos que a isenção pretendida pela Impugnante não tem cabimento, uma vez que a própria natureza das operações fere o dispositivo legal que trata da espécie.

O benefício previsto no inciso IX do Art. 13 do RICMS/91, repetido no item 57 do Anexo I do RICMS/96, observadas as condições estatuídas nos artigos 285 a 298 do Anexo IX do mesmo diploma legal, somente alcança as remessas de produtos industrializados de origem nacional para posterior comercialização ou industrialização nas respectivas áreas de livre comércio.

A discussão trazida pela Impugnante quando alega que as empresas de construção civil, destinatárias das mercadorias autuadas, efetuam comercialização das mercadorias recebidas com a isenção do ICMS não pode ser compreendida sem a observância das disposições legais que tratam das obras de construção civil. Com efeito, a execução de obra civil, com mercadorias recebidas de terceiros para emprego direto em obras contratadas, está dentro do campo das prestações de serviços tratadas na Lei Complementar 56/87, especificamente no item 32 da Lista de Serviços, que somente ressalva que deverão sofrer a tributação pelo ICMS as mercadorias que forem de fabricação da própria empresa executora dos serviços de construção, o que não é o caso dos autos.

Assim sendo, as remessas efetuadas pela Impugnante nesta rubrica não estão alcançadas pelo benefício isencional, inclusive se observa nos autos 13 (treze) autuações efetivadas no trânsito de mercadorias, todas quitadas pela Impugnante. Portanto, as exigências fiscais contidas no item 2 do Auto de Infração devem prevalecer, com a reformulação já efetuada pelo Fisco.

A irregularidade contida no item 3 do Auto de Infração, desmembrada pelo Fisco em dois subitens, deve ser analisada dentro de um único contexto, pois ambas se referem a saídas com destino a canteiros de obras. A diferença reside no enquadramento legal que pretendeu dar a Impugnante, quando a operação se tratasse de remessa para dentro do próprio Estado de Minas Gerais ou para fora deste. Porém, em ambos os casos, a operação foi amparada pela não-incidência do ICMS, com o que não concorda o Fisco, com alguma razão, visto que a Impugnante não é preponderantemente executora de obras de construção civil, embora eventualmente execute, mediante contrato, algumas obras de montagem de estruturas metálicas fabricadas por ela própria.

Desta forma, estando operando, ainda que eventualmente, como empresa executora de obras de construção civil, a mesma deve observar as disposições legais que regem a matéria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Voltando o exame para a regra contida no item 32 da Lista de Serviços, verifica-se que o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço, fora do local da obra, está alcançado pela incidência do ICMS.

Tal regra está recepcionada no art. 179 do Anexo IX do RICMS/96, também existente no Regulamento anterior. Expressamente restou definido que o imposto não incide sobre as operações relacionadas com a execução de obra por administração, sem fornecimento de material; não incide sobre o fornecimento de material adquirido de terceiros, quando efetuado em decorrência de contrato de empreitada ou de subempreitada; não incide sobre a movimentação de material a que se refere o item anterior, entre os estabelecimentos do mesmo titular, entre estes e a obra, ou de uma para outra obra a seu cargo e também não incide sobre a saída de máquina, veículo, ferramenta e utensílio para prestação de serviço na obra, desde que devam retornar ao estabelecimento do remetente.

Da leitura acima sobressai, por contraste, que os materiais fabricadas pela Impugnante, fora do canteiro de obras, está alcançado pela incidência do ICMS, nos termos da ressalva contida no item 32 da Lista de Serviços supracitada.

A prova pericial requerida pela Impugnante e deferida pela Auditoria Fiscal pretendeu clarear a discussão travada pelas partes, sendo que o Laudo Pericial ofertado pelo Ilustre Perito Oficial deixa patente que diversos materiais são empregados nas diversas obras executadas pela Impugnante, quer adquiridos de terceiros, quer fabricados por ela própria, fora do canteiro de obras.

Com relação aos materiais fornecidos que sejam adquiridos de terceiros a não-incidência do ICMS deve prevalecer, em atendimento às disposições legais citadas acima. Entretanto, com relação ao fornecimento dos materiais que são de fabricação da própria Impugnante, fora do local da prestação dos serviços, as exigências fiscais são precedentes, em atendimento à ressalva prevista na Lista de Serviços de que trata a Lei Complementar 56/87, recepcionada no art. 60, Inciso VIII, do RICMS/91 e art. 44, inciso XIX do RICMS/96, que tratam da base de cálculo do imposto.

Respondendo ao segundo quesito formulado pela Auditoria Fiscal, o Perito Oficial informa que as mercadorias fabricadas fora do canteiro de obras e fornecidas pela Impugnante para emprego na montagem das estruturas metálicas estão discriminadas no Anexo II do Laudo Pericial, sobre as quais as exigências fiscais deverão prevalecer, restando, por contraste, que todos os demais fornecimentos listados no Anexo I do mesmo Laudo se referem a fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros, afastadas do campo da incidência do ICMS.

Analisando os materiais discriminados no Anexo I juntado a fls. 720 e seguintes, podemos afirmar que parte deles, realmente, se destinam ao uso ou consumo do Impugnante, tais como equipamentos de segurança (EPI), materiais de escritório, móveis e utensílios diversos, etc., que se enquadram como sendo para uso ou consumo da Impugnante.

Quanto ao queixume do Fisco no que toca à questão do creditamento do ICMS nas entradas dos materiais de terceiros, dizendo que a Impugnante se creditara de todo o ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição das mercadorias, pois as mesmas também são insumos da produção industrial, entende-se que cabe ao Fisco direcionar o foco da ação fiscal para o estorno dos créditos que se tornaram indevidos, tendo em vista que a Impugnante procedeu a saída subsequente das mesmas mercadorias ao abrigo da não-incidência, situação que não era previsível no momento da entrada. Conhecendo a Impugnante que a saída se deu ao abrigo da não incidência, caberia a ela própria efetuar o estorno do crédito, conforme prevê a legislação tributária. Em não fazendo, fica sujeita às ações do Fisco, enquanto não extinto seu direito.

Este fato está assim disciplinado na legislação tributária:

Art. 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal:

II - a isenção ou **não-incidência**, salvo determinação em contrário da legislação:

a).....

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Art. 21 da Lei Complementar 87/96:

Art. 21 - O sujeito passivo **deverá efetuar o estorno** do imposto de que se tiver creditado **sempre que** o serviço tomado ou **a mercadoria entrada** no estabelecimento:

I - **for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada** ou isenta, **sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria** ou da utilização do serviço; (grifamos).

O Artigo 32, inciso I da Lei 6.763/75, da mesma forma, repete as disposições do Art. 21 da LC 87/96.

Do exposto, considerando que as exigências fiscais narradas no item 3 do Auto de Infração somente devem prevalecer em relação às mercadorias relacionadas no Anexo II do Laudo Pericial acostado a fls. 1056/1061 e considerando que, embora o Ilustre Perito informe que todas são de fabricação própria da Impugnante, observa-se a movimentação de alguns equipamentos, móveis ou aparelhos pertencentes ao Ativo Permanente da Impugnante, que como tais, também devem ser afastados das exigências fiscais.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar totalmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para acatar o pagamento do item 1 do Auto de Infração feito em fase de TO, ratificando a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reformulação feita pelo Fisco às fls. 669 a 686, no tocante à segunda irregularidade e, em relação ao item 3 do Auto de Infração, para que as exigências prevaleçam apenas em relação ao Anexo II do Laudo ofertado pelo Perito Oficial, excluídas as movimentações de bens pertencentes ao Ativo Permanente da Impugnante, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), Cláudia Campos Lopes Lara e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 23/05/02.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

JLR/EJ/RC

CC/MIG