

Acórdão: 14.880/02/2.^a
Impugnação: 40.010105505-34
Impugnante: Egesa Engenharia S/A
Proc. S. Passivo: Daniela Silveira Lara/Outros
PTA/AI: 01.000138450-11
Inscrição Estadual: 062.001569.00-82
Origem: AFBH/Adm. Fiscal/Projetos
Rito: Ordinário

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Nos termos do art. 178, III, do Anexo IX, ao RICMS/96, c/c parágrafo único do mesmo artigo, é devida a diferença de alíquota na entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, adquirida para fornecimento em obra contratada e executada sob responsabilidade de empresa de construção civil. **Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – NOTA FISCAL - FALTA DE REGISTRO. Falta de registro de notas fiscais no LRE, ensejando a aplicação da penalidade prevista no art. 55, I, da Lei 6.763/75. **Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, após análise da peça impugnatória. Exigência fiscal parcialmente mantida.**

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação:

Constatou-se, mediante conferência de documentos e livros fiscais, que o sujeito passivo acima indicado, no período de janeiro/96 a setembro/00, praticou as seguintes irregularidades:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS referente a diferença de alíquotas nas entradas de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, para emprego em obras contratadas e executadas sob sua responsabilidade;
- 2) Falta de escrituração, no livro Registro de Entradas, das notas fiscais relacionadas em quadro anexo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 392/405), por intermédio de procurador regularmente constituído.

Alega que pelo fato do Auto de Infração ter sido lavrado em 13-09-01 configura-se decadente o direito da Fazenda Estadual exigir o crédito tributário relativo ao período anterior a esta data, qual seja, janeiro a setembro/96.

Salienta que exerce atividade inerente à construção civil (itens 32 a 34 da Lista de Serviços - Decreto-lei 406/68), sendo que para a prestação de serviços concernentes à execução de obras públicas e particulares nas áreas de construção civil, não é contribuinte do ICMS, mas sim do ISSQN, eis que não utiliza os bens adquiridos em outros Estados para o consumo de sua empresa, mas sim para consecução dos seus serviços, motivo pelo qual não lhe deve ser exigido o recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS, conforme art. 155, § 2º, VII, da CF/88 e art. 43, § 1º, do RICMS/96 (cita doutrina e jurisprudência a respeito).

Diz que somente quando a empresa de construção civil produzir bens e com eles realizar negócio jurídico totalmente distinto do constante em seu objeto societário, tal qual a venda pura e simples de mercadorias, é que estará sujeito ao ICMS, mediante qualificação como comerciante, desde que tal prática seja realizada com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial.

Assevera que o fisco não especificou as notas fiscais que não teriam sido escrituradas no LRE.

Solicita a produção de prova pericial.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 421/424, refuta as alegações da defesa.

Diz que nos termos do art. 173 do CTN não há se falar em decadência.

Argumenta que os artigos 176 e 177 do Anexo IX do RICMS/96 são específicos no enquadramento da autuada na condição de contribuinte do ICMS, sendo que a obrigatoriedade de recolhimento do imposto é prevista no art. 178.

Salienta que as notas fiscais não escrituradas no LRE encontram-se arroladas nos quadros de fls. 68 a 76. Contudo, em face de revisão do levantamento de entradas, verificou-se que parte das mesmas foram escrituradas, motivo pelo qual a referida irregularidade está sendo retificada, conforme novos demonstrativos de fls. 432/433.

Anexa cópia dos Acórdãos 14.725/01/1ª e 2.327/01/CE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer a procedência parcial da Impugnação.

DA ABERTURA DE VISTA

Face à reformulação do crédito tributário (DCMM fls. 476/478) foi reaberto o prazo de 10 dias à Impugnante para vista, pagamento ou parcelamento.

Regularmente intimada (fls. 480/481) a contribuinte não se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 486/493, opina pela procedência parcial do Lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

Preliminarmente impende destacar que o crédito tributário concernente ao período de janeiro a setembro/96 não se encontra alcançado pela decadência.

Nesse sentido, regra geral, em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, deve-se observar o que preceitua o art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, o Estado tem cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que venceu o prazo para pagamento fixado pela legislação, para formalizar o crédito tributário respectivamente não pago, no todo ou em parte, à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No caso dos autos, conforme atesta o "recibo" firmado pela contribuinte no documento de fls. 05 dos autos, infere-se que a empresa foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 13-09-01, fato que configura, portanto, a legitimidade do lançamento referente aos fatos geradores ocorridos no aludido interstício de *janeiro a setembro/96*, cuja constituição do crédito tributário poderia ter sido efetuada pelo fisco até o final do exercício de 2001, a teor do estabelecido do citado dispositivo legal.

No tocante ao pedido de prova pericial, vale registrar que a teor do estatuído no art. 98, III, da CLTA/MG, o mesmo não deve ser apreciado, haja vista que não foram formulados os quesitos.

Irregularidade 1) Falta de pagamento do ICMS relativo ao 'diferencial de alíquotas' nas aquisições interestaduais de materiais para emprego em obra contratada.

A Impugnante centraliza sua peça defensiva alegando, basicamente, que é uma empresa de construção civil, não contribuinte do ICMS, e sim do ISSQN, haja vista que sua atividade encontra-se inserida nos itens 32, 33 e 34 da Lista anexa à LC n.º 56/87, motivo pelo qual não estaria obrigada ao recolhimento do *diferencial de alíquota* do ICMS, quando efetua compra de materiais em outros Estados da Federação, para emprego em obras contratadas e executadas sob a sua responsabilidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, tal argumento não encontra guarida na legislação vigente. O Capítulo XVII, do Anexo IX, ao RICMS/96, que disciplina as operações relativas à construção civil, mais especificamente em seu artigo 178, assim estabelece:

Art. 178 - O imposto incide quando a empresa de construção promover:

(...)

III - a entrada de mercadoria ou bem, com utilização dos respectivos serviços, oriundos de outra unidade da Federação, adquiridos para fornecimento em obra contratada e executada sob sua responsabilidade;

(...)

Parágrafo único - **A incidência prevista no inciso III refere-se à diferença de alíquotas**, que será recolhida pelo estabelecimento inscrito neste Estado, ainda que a mercadoria tenha sido adquirida por outro estabelecimento, devendo ser observado o disposto nos incisos XII e XIII do artigo 44 deste Regulamento." (g.n.)

Portanto, quando a empresa de construção civil promover a entrada de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação adquiridos para fornecimento em obra contratada e executada sob sua responsabilidade, fica assegurado ao Estado de localização da obra (no caso, Minas Gerais) o recolhimento da parcela relativa à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Acrescente-se ainda que esse entendimento encontra-se respaldado no Convênio ICMS n.º 71, de 22/08/99, firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Acrescente-se que a Consulta de Contribuinte n.º 031/99, transcrita na íntegra no parecer da Auditoria Fiscal, esgota plenamente o assunto, sendo parte integrante da presente Decisão.

No aspecto material, analisando-se as cópias das notas fiscais anexadas às fls. 79/330 dos autos, infere-se que a Autuada adquiriu em seu próprio nome, em operações interestaduais, grande quantidade de material de construção civil (vergalhão de aço, revestimento em cerâmica, peças de granito, dentre outros), para ser empregado em obras contratadas e executadas sob sua responsabilidade neste Estado, circunstância que autoriza as exigências de ICMS e MR discriminadas nas *planilhas* de fls. 13/65, cujos dados lançados não foram contestados pela empresa, podendo-se concluir pela veracidade das informações ali contidas.

Vale destacar, ainda, que a Impugnante encontra-se regularmente inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, conforme exigência do art. 176 do Anexo IX do RICMS/96, sendo que no tocante à alegação de ilegalidade aplica-se o disposto no art. 88, I, da CLTA/MG.

Irregularidade 2) Falta de escrituração de notas fiscais no LRE.

Trata-se da cobrança da multa isolada de 2% capitulada no art. 55, inciso I, da Lei n.º 6.763/75, face a não escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Registre-se apenas que esta exigência encontrava-se inicialmente discriminada nos quadros de fls. 66/76 dos autos, sendo que, em virtude da impugnação interposta, o fisco constatou que parte das notas fiscais ali relacionadas encontravam-se escrituradas no LRE, motivo que o levou a retificar o crédito tributário, conforme os novos demonstrativos de fls. 432/433. As cópias dos respectivos documentos não escriturados, encontram-se anexadas às fls. 434/475.

Correta, pois, a exigência do valor remanescente.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação do Fisco de fls.432/433 e DCMM de fls.476/478, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. A Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão sustentou seu voto no art.88 da CLTA/MG, Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 17/04/02.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**

FFA