

Acórdão: 17.044/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110286-37
Impugnante: Sudoeste Construções Ltda.
Proc. S. Passivo: Mônica Rosa Pereira
PTA/AI: 16.000077160-24
Inscr. Estadual: 702.767063.00-28
Origem: DF/ Uberlândia

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Pedido de Restituição de quantia paga por empresa do ramo da construção civil, não contribuinte do ICMS nos termos do artigo 155, §2º, inciso VII, alínea "b", da Constituição Federal de 1988, a título de diferencial de alíquota, sobre operações de entradas de mercadorias adquiridas de outros Estados. Reconhecido à Impugnante o direito à restituição em relação aos recolhimentos efetuados após 23/10/1997. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Mediante requerimento protocolizado em 23/10/2002, junto a AF/III/Uberlândia, o Contribuinte acima identificado pleiteia a restituição de quantia recolhida a título de diferencial de alíquota, no período de fevereiro/93 a dezembro/01, tida como indevida, ao argumento de que, como empresa de construção civil, não se enquadra como Contribuinte do ICMS e também por que não se considera consumidora final dos bens que adquire.

O Delegado Fiscal/Uberlândia, no uso das atribuições instituídas no artigo 40 da CLTA/MG, com fundamento no Parecer Fiscal de fls. 141/142 e na resposta dada pela SLT/SEF à Consulta de Contribuinte nº 031/99 (cópia às fls. 143/144), indeferiu o Pedido do Contribuinte, conforme noticia o Ofício ACT/AF/nº 125/03 (fl. 146).

Inconformada com o indeferimento, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 149/154.

Alega que presta serviços inerentes à construção civil, contratados sob a modalidade de empreitada global (mão-de-obra e material).

Argüi que estas atividades não se sujeitam à incidência do ICMS, quer seja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o normal, quer seja a parcela referente ao diferencial de alíquota.

Salienta que a jurisprudência emanada do Poder Judiciário consagra o entendimento de que o único tributo incidente sobre os serviços prestados na construção civil é o ISS, de competência municipal, o que resulta na caracterização do indébito, objeto do pedido inicial.

Diz que a Fazenda Pública, ao indeferir o seu pedido, desprezou abordagens imprescindíveis ao justo deslinde da questão ora analisada, quais sejam: a diferenciação entre contribuinte do ICMS e contribuinte do ISS, a definição de "consumidor final", as limitações do poder de tributar aplicáveis à hipótese dos autos e a decisão do STJ, em Mandado de Segurança coletivo, impetrado pela AMECRE - Associação Mineira de Empresas Construtoras de Redes Elétricas.

Reforça que todo o material que adquire é para emprego em obras contratadas pelo processo de empreitada global, quando fornece a mão-de-obra e o material, que representa insumo, não caracterizando compras para consumo final.

Entende que nem mesmo excepcionalmente agira como Contribuinte do ICMS, sobretudo porque não praticou atos de comércio (compra e venda de mercadorias).

Cita em favor do seu entendimento, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça deste Estado.

Requer, ao final, a análise das razões apresentadas na peça inaugural, suscitadas às fls. 02/25 e, em consequência, o julgamento da procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 160/162, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que o deslinde da questão consiste em averiguar a condição da Requerente de ser ou não ser considerada contribuinte do ICMS.

Enfatiza que, à luz da legislação tributária vigente, a empresa de construção civil, quando promove a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou de terceiros é considerada contribuinte do ICMS, tendo em vista o disposto no art. 174, Anexo IX do RICMS/MG.

Explica que, na construção civil, o serviço realizado sob a modalidade de empreitada (mão-de-obra + material) implica na execução de obra por conta e risco do contratado e, nesse caso, quem adquire e consome os materiais é a construtora, que fornece a obra acabada e não a mercadoria em si.

Aduz que tal fato justifica não se falar em tributação pelo ICMS no fornecimento de material, exceto quando este for de fabricação própria da contratada, conforme estabelece a regra inserta no art. 177, inciso II c/c art. 176, II do Anexo IX do RICMS/2002.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta que, ao adquirir materiais de outra unidade da Federação, para consumi-los na execução de obra contratada, a alíquota a ser aplicada é a interestadual, conforme determinação constitucional, cabendo ao adquirente a complementação do diferencial de alíquota, na forma prevista no inciso III do art. 178 do Anexo IX do citado Regulamento.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade de dispositivos legais fundamentadores da exigência fiscal, bem como as inúmeras decisões judiciais indicadas pela Impugnante, entende incompetente para análise, lembrando que nenhum elemento probante foi oferecido pela Impugnante, seja da sentença judicial, seja da efetiva filiação/participação na AMECRE - Associação Mineira de Empresas Construtoras de Redes Elétricas.

Entende inaplicável ao caso dos autos a regra do artigo 174, do CTN, invocada pela Requerente na tentativa de dar legalidade à restituição de valores retroativos a período de até 10 (dez) anos, alegando tratar-se tal dispositivo sobre prazo previsto para constituição/cobrança de crédito tributário, alertando que a regra aplicável à espécie é a do artigo 168 do CTN, que estabelece o prazo de 5 (cinco) anos.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 166 a 170, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Versa o presente PTA sobre Pedido de Restituição de quantia paga durante o período de fevereiro/1993 a dezembro/2001, a título de diferencial de alíquota, valor considerado indevido pela Requerente, ao argumento de que, sendo prestadora de serviços de construção civil, prestados sob a modalidade de empreitada global (mão-de-obra + material) não se enquadra como contribuinte do ICMS, tampouco pode ser considerada consumidora dos materiais que adquire para emprego em obra contratada.

Em se tratando de definição da pessoa do contribuinte do ICMS, convém transcrever o disposto nos artigos 14 e 15 da Lei 6763/75:

Art. 14 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

Art. 15 - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

(...)

IX - o prestador de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios os quais envolvam fornecimento de mercadorias;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - o prestador de serviços compreendidos na competência tributária dos municípios os quais envolvam fornecimento de mercadorias, conforme ressalvas em lei complementar.

Destaque-se que as operações realizadas por empresas de construção civil foram disciplinadas em capítulo específico pela legislação tributária mineira, vigente ao tempo dos fatos relatados pelo Contribuinte, seja no RICMS/91 ou no Capítulo XVII do RICMS/96, as quais estão obrigadas a se inscreverem junto ao cadastro de contribuintes do ICMS e a cumprirem as demais obrigações fiscais previstas na legislação quando executam obras de construção civil, hidráulica ou semelhantes, promovendo a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou de terceiros (art. 176 do Anexo IX do RICMS/96).

Acresça-se que o citado Regulamento define 4 (quatro) situações em que a empresa de construção civil deve pagar o ICMS, entre elas, o caso relatado nos autos, ou seja, o previsto no inciso III, do art. 178, do Anexo IX do RICMS/96:

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.

Portanto, na modalidade de empreitada global, quando a empresa Construtora adquire mercadorias o faz em seu próprio nome para consumi-las na execução da obra contratada, estando, pois, obrigada a se inscrever no cadastro de contribuintes deste Estado e ao adquirir materiais oriundos de outra unidade da Federação, obriga-se a recolher o diferencial de alíquota, por força do disposto na Constituição Federal (art. 155, § 2º inciso VIII da CF/88), bem como os dispositivos regulamentares retrocitados.

O CTN define o contribuinte como “aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador” e responsável “aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei” (art. 121, § único, incisos I e II).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, contribuinte do ICMS é a pessoa que realiza operação ou prestação de serviços definidas na regra-matriz constitucional (art. 155, I, “b”). As empresas de construção civil, em regra, não têm relação pessoal e direta com as situações que constituam o fato gerador do ICMS, por isso, repita-se, em regra, não são contribuintes do ICMS. Serão contribuintes, excepcionalmente, na hipótese retro analisada, qual seja, quando produzirem mercadorias fora da obra ou na aquisição de mercadorias destinadas a emprego em obra sob sua responsabilidade, a teor da legislação vigente à época dos fatos geradores.

Portanto, à luz dos dispositivos da legislação tributária mineira vigentes no momento dos recolhimentos ora em litígio, revela-se correto o indeferimento da repetição de indébito.

Entretanto, a Impugnante é filiada à AMECRE - Associação Mineira de Empresas Construtoras de Redes Elétricas, que aviou Mandado de Segurança coletivo contra a cobrança de diferencial de alíquota do ICMS, obtendo decisão favorável transitada em julgado, conforme informação prestada pela Advocacia Geral do Estado, às fls. 173/175 e documentos juntados em seguida.

Assim, por força de provimento judicial inatacável, a Impugnante não é contribuinte do ICMS, sendo certo que os recolhimentos efetuados foram indevidos, cabendo a restituição, obedecido o prazo decadencial.

Com efeito, nos termos do art. 168 do CTN, na hipótese de recolhimento indevido do tributo, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Por sua vez, a extinção do crédito tributário pela modalidade de pagamento, ocorre na data do efetivo recolhimento.

Neste caso, há de se considerar como marco para contagem decadencial a data de protocolo do pedido de restituição (23.10.02). Via de consequência, o fenômeno da decadência atingiu os recolhimentos efetuados em data anterior a 23.10.1997, não sendo possível a repetição para tais recolhimentos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, deferindo-se a restituição em relação aos recolhimentos efetuados após 23/10/1997. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 11/04/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ