

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.348/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169791-07
Impugnação: 40.010129632-75
Impugnante: Skav-Ter Movimentação de Solo Ltda
IE: 001025735.00-12
Proc. S. Passivo: Carlos Alexandre Moreira Weiss/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - ATIVO PERMANENTE - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Imputação fiscal de falta de recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na aquisição de bem para o ativo permanente, nos termos do art. 42, § 1º do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, comprovado nos autos tratar-se de operação com bem destinado ao ativo permanente de empresa de construção civil, não contribuinte do ICMS, cancelam-se as exigências fiscais.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de nota fiscal de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alínea “a” da citada lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação mediante conferência de livros e documentos fiscais de que a Autuada tendo promovido a aquisição, em outro Estado, de um “Semirreboque Carrega Tudo Plano” – NBM 87.16.3900, deixou de recolher ICMS referente ao diferencial de alíquota, no mês de outubro de 2008.

Constatou-se, ainda, a falta de escrituração no livro de Registro de Entradas da Nota Fiscal nº 352073, referente à operação supracitada.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alínea “a” da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, Impugnação às fls. 66/71, acompanhada dos documentos de fls. 72/80, aduzindo ser ela empresa atuante no seguimento da construção civil e, portanto, não contribuinte do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende, assim, ser a construção civil atividade de pertinência exclusiva ao ISS a despeito de se ver obrigada a manter inscrição estadual perante ao Cadastro de Contribuintes do ICMS, nos termos do art. 179, do anexo IX do RICMS/MG.

Desta feita, afirma a Impugnante que no caso dos autos não se verificaria a ocorrência de fato gerador do ICMS e, portanto, inexistindo tributação aplicável asseverando ainda que, a exigência do diferencial de alíquota decorrente de operações interestaduais somente seria aplicável em operações entre contribuintes do ICMS.

O Fisco se manifesta (fls. 83/88), pugnano pela procedência do lançamento, ao argumento de que para efeitos tributários no Estado de Minas Gerais, a empresa de construção civil será considerada contribuinte caso execute quaisquer das atividades listadas no art. 175, Capítulo XVI, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02. E, conforme estabelecido no art. 178 do Capítulo citado, estará obrigado a se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado caso, além da construção civil, exerça outra atividade e esta esteja no campo de incidência do ICMS.

Aduz que, via de regra, o Contribuinte estará obrigado ao recolhimento do diferencial de alíquotas caso se enquadre na hipótese estabelecida no inciso I, caput do art. 178, já referido e, não se enquadrando na hipótese acima citada, deverá, nos termos do art. 189-A, informar ao seu fornecedor que adquire o produto na condição de não contribuinte do ICMS, mesmo que inscrita no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais, nos termos do art. 189-A, § 1º, inciso II, alínea “a”, Anexo IX do RICMS/02.

Prossegue apontando o fato de que a Impugnante possui, junto à Receita Federal do Brasil, registro de Código de Atividade Econômica Secundária, relacionado a “Obras de Terraplanagem” (43.13-4-00), possui ainda autorização para emissão via Processamento Eletrônicos de Dados (PED) para emissão do livro de Registro de Entradas, transmitindo mensalmente arquivo eletrônico Sintegra, com a movimentação da empresa.

A 2ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência (fls. 91), para que o Fisco trouxesse aos autos provas de que a Impugnante apresenta arquivos Sintegra com movimentação mensal relativa á circulação de mercadorias, conforme citado em sua manifestação às fls. 87, demonstrando que é contribuinte do ICMS.

O Fisco então apresenta os documentos de fls. 94/104, dos quais é concedida vista à Impugnante pelo prazo de cinco dias.

A Impugnante retorna aos autos (fls. 110) não trazendo novos argumentos ao deslinde da questão.

O Fisco apresenta nova manifestação às fls. 112 reiterando seus argumentos.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre falta de recolhimento do diferencial de alíquota do imposto inerente às operações interestaduais, em função da aquisição de bens para o ativo permanente, bem como por ter o Contribuinte deixado de escriturar nota fiscal de entrada no livro Registro de Entradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A solução da questão deve obrigatoriamente remeter à discussão já travada por diversas vezes em nossos Tribunais, acerca da definição das empresas de Construção Civil como contribuintes do ICMS.

Neste sentido, pela análise dos dispositivos legais aplicáveis, forçoso concluir-se que as empresas de construção civil que adquirem materiais com a finalidade de emprega-los como insumos ou bens para o ativo permanente e não com o fito de comercializá-los não são contribuintes do ICMS, mas apenas do ISS.

In casu, a controvérsia cinge-se à possibilidade ou não de se exigir pagamento de diferencial de alíquota de ICMS da Impugnante, empresa atuante no ramo de construção civil por ter realizado operação interestadual de aquisição de bem para utilização em sua atividade fim.

As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, bens a serem utilizados em sua atividade, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

As empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade fim, não são contribuintes do ICMS. Consequentemente, *"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)."

Com os documentos acostados às fls. 94/104 dos autos, não logrou êxito o Fisco em comprovar ser a Impugnante efetiva contribuinte do ICMS, praticando fatos aptos a promover a incidência do imposto de forma habitual. Quando mais em se considerando que a Impugnante efetua serviços de terraplanagem devendo promover a redução do material extraído, operação esta que também não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS.

Quanto ao argumento trazido pelo Fisco de que a Impugnante teria por obrigação ter informado ao alienante do bem que não seria ela contribuinte do ICMS e, portanto, a mercadoria deveria ser remetida com a alíquota interna, de fato tal argumento é correto e legítimo.

Todavia, a despeito e apesar de ter a empresa se omitido em tal procedimento o imposto jamais poderia ser exigido pelo Estado de Minas Gerais, sendo devido ao Estado de origem, considerando-se, portanto, que a conduta irregular do contribuinte não legitima um Estado a exigir o imposto devido a outro.

No que tange à obrigação acessória relativa à escrituração da nota fiscal de entrada, deve ser aqui aplicado preceito distinto.

Em sendo a Impugnante inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado de Minas Gerais, a despeito de estar ou não sujeita ao recolhimento do imposto, deverá ela necessariamente observar todas as obrigações acessórias impostas pela legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, a Impugnante se amolda na infringência estatuída pela Lei nº 6763/75 em seu art. 16 que diz:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

A penalidade pelo descumprimento de tal preceito é estatuída, também pela Lei nº 6763/75 que diz:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;

É fato incontroverso que a Impugnante não promoveu o registro da nota fiscal de entrada no livro próprio e, portanto, em se tratando de infração objetiva e devidamente constatada a conduta deve ser mantida a exigência relativa à multa isolada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o item I do Auto de Infração. Vencida, em parte, a Conselheira Maria Laura Bráulia de Carvalho Porto, que o julgava procedente. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, a Conselheira Tábata Hollerbach Siqueira (Revisora).

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.348/11/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000169791-07	
Impugnação:	40.010129632-75	
Impugnante:	Skav-Ter Movimentação de Solo Ltda	
	IE: 001025735.00-12	
Proc. S. Passivo:	Carlos Alexandre Moreira Weiss/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

Voto proferido pela Conselheira Maria Laura Bráulia de Carvalho Porto, 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 a constatação, no período de 01/06/08 a 31/08/08, de falta de recolhimento do ICMS devido a título de diferencial de alíquota, relativo a aquisições de mercadorias, em operações interestaduais, destinadas a integrar o ativo permanente da empresa autuada.

De acordo com os documentos carreados aos autos, apenas no tocante ao mencionado período não foram encontrados os pagamentos correspondentes sob o Código de Receita 317-8, bem como no “campo 100” da DAPI referente a “Obrigações do Período – ICMS a recolher – Diferencial de Alíquota”.

Em uníssono com a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, o contribuinte será considerado empresa de construção civil caso execute quaisquer das atividades listadas no art. 175, Capítulo XVI, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02. Uma vez que a Impugnante possui, junto à Receita Federal do Brasil, registro de Código de Atividade Econômica Secundária, relacionado a “Obras de Terraplanagem” (43.13-4-00), sendo que no contrato social da supracitada empresa, consta como objeto social os serviços de terraplanagem e movimentação de materiais em geral, conforme “Cláusula terceira”, às fls. 72, a mesma se enquadra no inciso V do referido artigo.

No mesmo diapasão o art. 178 do Capítulo citado prevê a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado caso, além da construção civil, exerça outra atividade e esta esteja no campo de incidência do ICMS, *in grifis*:

Art. 178 - A empresa de construção civil é obrigada a inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS quando:

I - realizar, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto, **em nome próprio ou de terceiros**, inclusive em decorrência de execução de obras de construção civil hidráulica ou semelhantes;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - não se enquadrando na hipótese do inciso anterior, executar obras de construção civil, hidráulica ou semelhantes, promovendo a movimentação de materiais, em seu próprio nome ou de terceiros. (**grifo nosso**)

Destarte, verifica-se que, empresa de construção civil estará obrigada ao recolhimento do diferencial de alíquotas caso se enquadre na hipótese estabelecida no inciso I, caput do art. 178, já referido.

Caso não se enquadre na referida hipótese, deverá, nos termos do art. 189-A, informar ao seu fornecedor que adquire o produto na condição de não contribuinte do ICMS, mesmo que inscrita no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais, nos termos do art. 189^a, § 1º, inciso II, “a”, Anexo IX do RICMS/02.

Art. 189-A - A empresa de construção civil não enquadrada na hipótese do inciso I do caput do art. 178 desta Parte, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, nas aquisições de mercadorias ou bens ou na utilização de serviços de transporte ou de comunicação oriundos de outra unidade da Federação, deverá informar ao seu fornecedor ou prestador a sua condição de não contribuinte do ICMS, para efeitos de aplicação da alíquota prevista para a operação ou prestação interna.

§ 1º - Na hipótese em que tenha sido utilizada a alíquota interestadual, a empresa de construção civil deverá, no primeiro posto de fiscalização ou, na falta deste no percurso, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria:

I - ...

II - recolher antecipadamente, observado o disposto nos parágrafos seguintes, o imposto:

a - devido em virtude das operações de que tratam os incisos VII e XI do caput do artigo 1º deste Regulamento.

Ocorre que a Impugnante em outras situações constantes dos autos em não informando ao seu fornecedor ou prestador a sua condição de não contribuinte do ICMS optou por sistematicamente recolher o devido diferencial de alíquota.

Apenas nesta operação propriamente dita foi que além de não informar tal condição, a Impugnante deixou de apurar e recolher o valor correspondente ao diferencial de alíquota, haja vista tenha sido utilizada a alíquota interestadual na operação, nos termos do art. 84, III do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 84. Para recolhimento do imposto apurado na forma dos incisos XII e XIII do caput do artigo 43 deste Regulamento, será observado o seguinte:

I -;

II -;

III - o imposto será recolhido por meio de documento de arrecadação distinto, com observação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de tratar-se de **recolhimento referente à diferença de alíquota por aquisição, em operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente**, ou, sendo o caso, por utilização de serviço iniciado em outra unidade da Federação e não vinculado à operação ou prestação subsequentes; (**grifo nosso**)

Acresce ainda que, a Impugnante, por ser inscrita no Cadastro de Contribuinte do ICMS de Minas Gerais possui autorização para emissão via Processamento Eletrônicos de Dados (PED) para emissão do Livro de Registro de Entradas, cópias reprográficas às fls. 27 a 62 dos Autos, Livro de Registro de Saídas e Livro de Registro de Apuração do ICMS. Ademais, transmite mensalmente arquivo eletrônico SINTEGRA, com a movimentação mensal da empresa. Mostrando-se ciente da obrigatoriedade do recolhimento do valor concernente ao percentual de complementação da carga tributária incidente na operação quando das aquisições de mercadorias para consumo ou ativo fixo em outra unidade da Federação, e das demais obrigações advindas da legislação tributária mineira.

Ante o exposto, são legítimas as exigências fiscais, pois a Impugnante não fez a prova de suas alegações.

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2011.

Maria Laura Bráulia de Carvalho Porto
Conselheira