

Acórdão: 14.845/01/1^a
Impugnação: 40.010103081-72
Impugnante: Usiminas Mecânica S/A
Proc.do Suj. Passivo: Carmelita Anício de Almeida/Outros
PTA/AI: 01.000137041-91
Inscrição Estadual: 313.025169.01-48(Autuada)
Origem: AF/ Ipatinga
Rito: Ordinário

EMENTA

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - CONSTRUÇÃO CIVIL. Comprovado nos autos que as mercadorias, objeto da autuação, referem-se a materiais adquiridos de terceiros para emprego em obra contratada, cancelam-se as exigências fiscais com base no art. 179, Anexo IX, do RICMS/96. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 1997, em virtude da falta de destaque do ICMS nas saídas de mercadorias com destino a canteiro de obras, por utilização indevida da hipótese de não incidência prevista no Art. 5º, inciso XV, do RICMS/96, no fornecimento de materiais diversos a serem incorporados na montagem e execução de obra civil. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 309 a 311, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.316 a 326.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 369 a 375, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Depreende-se, da análise dos autos, que o Impugnante pretendeu acobertar as saídas dos materiais levantados pela fiscalização, ao abrigo da não incidência do ICMS, adotando, para tanto, a regra inserta no Art. 5º, inciso XV, do RICMS/96:

Art. 5º - O imposto não incide sobre:

.....
.
XV - a saída, em operação interna, de material de uso ou de consumo, de um para outro estabelecimento do mesmo titular, inclusive o serviço de transporte com ela relacionado, quando efetuado pelo próprio contribuinte;

Todas as notas fiscais levantadas pelo Fisco, e trazidas à colação a partir das fls. 43, à exceção das notas fiscais de fls. 226, 260 e 302, trazem, como supedâneo para a não tributação pelo ICMS, o dispositivo transcrito acima, que é aplicável às saídas de material de uso ou consumo do próprio remetente.

Conforme se vê do Estatuto Social da Impugnante, e de acordo com informações prestadas pelo Fisco, a atividade preponderante da Autuada é a siderurgia ou metalurgia, sendo que, eventualmente, realiza obras de construção civil, mediante contrato, tais como os autuados a fls. 12/ 42. É que, às vezes, é contratada para fabricar, transportar e montar as estruturas metálicas que fabrica fora do local da prestação de serviço de construção civil. Para tanto, instala canteiros de obras nestes locais.

Analisando os materiais discriminados nas notas fiscais de fls. 43 e seguintes, pode-se afirmar que parte deles, realmente, se destinam ao uso ou consumo do Impugnante, tais como Equipamentos de Segurança (EPI), discriminados nas notas fiscais de fls. 43, 46, 50, 56, 58, 78, etc. (luva de pano, calças/camisas de uniforme, botinas de segurança, máscaras contra pó, etc.) e outros materiais, conforme fls. 48, 58, 63, etc. (copos descartáveis, sacos plásticos para lixo, arquivos de aço com 4 gavetas, estantes de aço, lixadeira elétrica Bosch, etc.).

Os demais materiais, conforme tese defendida pelo Fisco e confirmada pelo Impugnante, são aplicados diretamente na obra civil correspondente ao projeto citado no campo próprio da nota fiscal (Quadro Informações Complementares). Portanto, o supedâneo nomeado nas notas fiscais, para não tributar tais operações pelo ICMS, não condiz com a realidade, o que, numa primeira análise, poderia nos direcionar a concluir pela procedência do lançamento fiscal, pelo menos no tocante a esta parte.

Como pequena amostragem, podemos descrever estes materiais como sendo: discos, eletrodos, tubos, telhas galvanizadas, resistência para estufa de aquecer eletrodos, discos de lixa, chapa de aço, arame, fluxo de solda, abraçadeiras, escovas de aço, reostato, discos de desbaste, lima rotativa, acendedor de maçarico, mangueiras, parafusos, arruelas, porcas, óleo lubrificante, conduíte, tintas, sobras de perfil soldado, base de tomada, conector, etc., que pela natureza e de acordo com as informações prestadas pelo Fisco em sua manifestação de fls., são adquiridos de terceiros, de forma contínua, tendo em vista que a Impugnante utiliza-se destes materiais em sua linha de produção industrial, sendo certo que apropria-se de todo o ICMS destacado nas respectivas notas fiscais de aquisição.

Efetivamente, todos estes materiais são destinados à incorporação direta na obra em realização, não se confundido, em hipótese alguma, com os materiais de uso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou consumo do próprio Impugnante, tais como os equipamentos de segurança já informados anteriormente.

Entendemos que, no caso em tela, a nomeação incorreta do dispositivo legal que poderia amparar as operações de saída de mercadoria adquirida de terceiros, para emprego em obra de construção civil, realizada mediante contrato de empreitada, não acarreta a perda do benefício fiscal da não incidência do ICMS.

Assim, ao disciplinar as operações relativas à Construção Civil, ficou estabelecido no Art. 179, inciso II do Anexo IX do RICMS/96, que o imposto não incide sobre as operações relacionadas com o fornecimento de material adquirido de terceiros, quando efetuado em decorrência de contrato de empreitada ou subempreitada.

Neste sentido, ao fixar a base de cálculo do ICMS nas operações de um modo geral, no Art. 44, inciso XIX, temos que a tributação alcança, somente, o valor do material empregado, quando de produção própria do executor, ressalvando que não se consideram de produção própria a transformação de material adquirido com acobertamento fiscal, realizada no local da obra, cujo produto seja nela aplicado (§ 5º, Art. 44).

Portanto, desta análise, considerando a informação do Fisco de que os materiais são incorporados na montagem e execução de obra civil (vide relatório no AI de fls. 03) e a informação de que são materiais adquiridos de terceiros, de forma contínua, através da entrada no almoxarifado central da Autuada, tendo, inclusive, o crédito do ICMS apropriado, em função de que são produtos intermediários utilizados na linha industrial da Impugnante, não vislumbra motivo para negar aplicação da regra contida no Art. 179, inciso II do Anexo IX do RICMS/96.

Assim, em se tratando de operações abrigadas pela não-incidência, o que poderia ter sido feito pelo Fisco seria o estorno dos créditos aproveitados, já que os mesmos tornaram-se indevidos em razão das saídas subsequentes terem se dado sem a incidência do ICMS. Portanto, tal providência deveria ter sido tomada pelo contribuinte, qual seja, o estorno da quantia indevidamente apropriada.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Desta forma, sendo a saída dos materiais adquiridos de terceiros, incorporados na obra de construção civil, realizada mediante contrato de empreitada, entende-se que aplica-se a regra da não-incidência contida no Art. 179, II, do Anexo IX do RICMS/96, impondo-se ao sujeito passivo o estorno do imposto creditado por ocasião da entrada dos mesmos materiais, por força dos dispositivos legais citados acima.

Segundo informações contidas na manifestação fiscal de fls., o Impugnante, no período fiscalizado, não efetuara qualquer estorno de ICMS dos materiais adquiridos, e que foram destinados para canteiro de obras, sem destaque do ICMS.

Assim sendo, mediante esta conduta irregular do sujeito passivo, contrariando todas as disposições legais que regem a matéria, deveria, ao nosso ver, o Fisco ter procedido o lançamento fiscal, direcionando a sua ação para fins de se estornar os créditos do ICMS que se tornaram indevidos, em face da saída posterior ter ocorrido sem a tributação do imposto.

Desta forma, não parece correto o presente lançamento, que buscou tributar as operações de saída das mercadorias, que de acordo com a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/91, ocorrem sem a incidência do ICMS.

Ressalte-se, por oportuno, que fica resguardado ao Fisco o direito de renovar a ação fiscal, enquanto não se opera o instituto da decadência, no sentido de efetuar os estornos dos créditos de ICMS que se tornaram indevidos, bem como tributar as saídas de eventuais produtos que tenham sido produzidos pelo próprio Impugnante (executor das obras) fora do local da realização dos serviços de construção civil, como bem ressalvado no item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 56, de 15/12/87.

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o Lançamento, cancelando-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor) e Luciana Mundim

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 08/05/01.

**José Eymard Costa
Presidente**

**Cleusa dos Reis Costa
Relatora**

CRC/EJ/EL

CC/MG