

Acórdão: 15.087/01/1^a
Impugnação: 40.010103457-95
Agravo Retido: 40.030104444-42
Impugnante/Agravante: Usiminas Mecânica S/A.
PTA/AI: 01.000137609-37
Proc. S. Passivo: Ney José Campos/Outros
Inscrição Estadual: 313.025169.0148
Origem: AF/Ipatinga
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - Constatam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso não provido. Decisão preliminar tomada à unanimidade de votos.

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.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - NÃO INCIDÊNCIA. Emissão de notas fiscais para acobertar saídas de equipamentos auxiliares, de fabricação própria, remetidos ao canteiro de obras, sem destaque do imposto. Não restou configurado o fato gerador do imposto por se tratar de bens integrantes ao ativo permanente da empresa, justificando, assim, o cancelamento das exigências. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de março/97 a dezembro/98, em virtude de falta de destaque do ICMS nas saídas de mercadorias destinadas ao canteiro de obras, utilizando-se indevidamente da hipótese de não incidência prevista no Artigo 5º, inciso XV, do RICMS/96, no fornecimento de materiais diversos a serem incorporados na montagem e execução de obra civil e falta de destaque do ICMS nas saídas de equipamentos auxiliares fabricados pela Usiminas Mecânica S/A e remetidos ao canteiro de obras para serem utilizados como apoio ao lançamento de estruturas metálicas, cujo retorno não foi comprovado pelo remetente.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 405/413), por intermédio de procurador regularmente constituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que tem no seu objeto social a prestação de serviços de construção vinculados à montagem de estruturas metálicas, pontes e assemelhados e, neste mister, instala canteiros de obras nos locais onde realiza a prestação destes serviços. Prossegue dizendo que não é contribuinte do ICMS, nestas oportunidades, nem lhe sendo exigida a inscrição estadual, ao menos nos canteiros (RICMS, Anexo IX, Art. 180, § 2º).

Deste modo, pratica constantemente a transferência ou remessa de equipamentos a serem utilizados nestas obras e que, depois, retornam à matriz, ou de bens que, embora não agregando na obra, são consumidos pela empresa no canteiro.

Transcreve Art. 179 do Anexo IX do RICMS/96.

Aduz que, em decorrência de alguns contratos de obras de engenharia, remeteu equipamentos a serem utilizados como apoio ao lançamento de estruturas metálicas e que depois retornarão à matriz, e remeteu, ainda, materiais diversos que foram incorporados na montagem e execução dos objetos dos contratos.

Informa que algumas destas obras já se encerraram e outras estão em fase final e que o retorno destes equipamentos deverá ocorrer nos próximos meses. Transcreve jurisprudência que entende pertinente.

Protesta pela concessão de prazo para, assim que for identificado o retorno dos equipamentos relacionados nas notas fiscais relativas ao item 2 do relatório do Auto de Infração, possa comprovar o retorno dos mesmos, através do envio das cópias das notas fiscais ao Fisco.

Quanto à irregularidade apontada no item 1 do Auto de Infração, aduz que se tratam de materiais que foram incorporados na montagem e execução dos objetos dos contratos, explicando que a construção civil realizada sob a modalidade de empreitada plena (mão-de-obra e material) implica a execução da obra por conta e risco do contratado, que se obriga a entregar a edificação concluída, e que o contratante não se envolve em questões como aquisição do material e contratação de mão-de-obra.

Assevera que não há fornecimento do material ao contratante, apenas da edificação, cujo material é adquirido por ela (Impugnante) e consumido na execução da obra.

Repisa que tal operação ocorre sem incidência de ICMS nos termos do Art. 179 do Anexo IX do RICMS.

Transcreve Acórdão do STJ prolatado no REsp. 247.595-MG, que versa sobre ICMS – Construção Civil – Montagem e transporte de pré-moldados.

Diz que emitiu as notas fiscais correspondentes ao valor global do contrato, tendo recolhido o ICMS devido. A título de exemplo, envia um contrato/aditamento (fls. 415/440), juntamente com o relatório de todas as notas fiscais emitidas (fls. 441/445 e 446/451) relacionadas com o mesmo, entre elas a de n.º 17.540, autuada no presente AI, dizendo que a autuada recolhera todo o ICMS devido, relativo ao valor do contrato.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer a realização de prova pericial para análise de todas as notas fiscais e respectivos contratos, apresentando os quesitos de fls. 411.

Requer, para cálculo da multa de revalidação que restar exigida, a aplicação do disposto no inciso II do Artigo 56 da Lei 6.763/75.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 455/465, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que a Impugnante está cadastrada, para fins de cumprimento de suas obrigações fiscais, no CAE 11.31.00-1, cuja descrição de atividade é fabricação de estruturas metálicas para edifícios, galpões, silos, pontes, viadutos, extração de petróleo, fabricação de antenas de emissoras de rádio e televisão, etc.

Informa que, pela natureza de sua atividade preponderantemente industrial, a Impugnante recolhe o ICMS pelo regime de débito e crédito, sendo que na aquisição dos materiais inerentes a sua atividade, apropria-se, normalmente, do crédito do ICMS. Na compra de materiais e bens destinados ao uso, consumo ou ativo imobilizado, a autuada vê-se obrigada ao recolhimento do diferencial de alíquota. Desta forma, na saída de mercadorias, regra geral, obriga-se à Impugnante o débito do ICMS.

Transcreve o objeto social da Impugnante, contido no Estatuto Social que traz à colação (fls. 395), onde vislumbra-se, dentre outros, a prestação de serviços de construção vinculados à montagem de estruturas metálicas, pontes e assemelhados, indústria siderúrgica, metalúrgica e mecânica em geral, etc.

Transcreve ensinamentos do Professor Humberto Bonavides Borges acerca da questão em debate, abordando o princípio da não-cumulatividade do ICMS e disciplina jurídico-tributária aplicável na execução do contrato de empreitada global.

Transcreve Arts. 178, 179 e 183 do Anexo IX do RICMS/96, bem como o item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 56/87.

Cita e transcreve o item I da Instrução Normativa DLT/SRE 002/91, que tratou de disciplinar, para fins tributários, as atividades inerentes à construção civil.

Comentando sobre o comportamento fiscal da Impugnante, no tocante ao item 1 do relatório do Auto de Infração, a Fiscalização informa que a autuada, para consecução de seu objeto social, adquire diversos insumos, principalmente chapas, eletrodos, soldas, discos de desbaste, fluxo de solda, rebolos, parafusos e arruelas, tintas e diluentes e outros materiais. Tais materiais, por serem considerados por ela inerentes ao seu processo industrial, têm o crédito do ICMS apropriado quando da entrada em seu estabelecimento.

Assevera que não há guarida na legislação tributária para que tais materiais, cujos créditos foram normalmente apropriados na entrada, tenham a saída não tributada pelo ICMS. Tampouco se verifica, no período fiscalizado, qualquer estorno de ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos materiais adquiridos e que agora são remetidos para canteiro de obras, sem destaque do ICMS.

Prossegue o Fisco dizendo que, quando adquire mercadorias, a Impugnante comporta-se como empresa industrial, apropriando-se dos créditos dos materiais inerentes à sua atividade. Porém, na saída de mercadorias, quer lhe seja dispensado o tratamento previsto no Art. 179, incisos II e III do Anexo IX do RICMS/96, sem proceder ao estorno dos créditos aproveitados.

Transcreve o Art. 181 do supracitado Anexo IX, que veda ao estabelecimento de empresa de construção civil, a apropriação do valor do imposto relativo à entrada de mercadoria destinada a emprego em obra contratada por empreitada ou subempreitada. Com relação ao estorno, transcreve o mandamento contido no Art. 182 do mesmo diploma legal.

A fls. 461 o Fisco explica que a Impugnante, ao realizar os serviços típicos de empresa de construção civil, não está cumprindo o que determina o Art. 188 do Anexo IX do RICMS/96, que trata da obrigação acessória de arquivamento da documentação fiscal, separadamente por obra realizada.

Aduz que de acordo com informações prestadas pela própria atuada, diversos materiais, como por exemplo a solda, são adquiridos por projeto/contrato, podendo ser consumidos tanto no estabelecimento industrial quanto no canteiro de obras, tendo sua saída sem débito do imposto, para serem utilizados na montagem das estruturas metálicas. Todavia, nas duas hipóteses em que se dá o consumo de tais materiais, a atuada apropria-se do crédito do ICMS por ocasião da entrada.

Discordando da tese da Impugnante, quando a mesma defende que os materiais remetidos são para consumo próprio, imprescindíveis à montagem e execução da obra civil, a Fiscalização argumenta, então, que sendo materiais de consumo, e em sendo adquiridos em operação interestadual, sujeitar-se-ia a Impugnante ao recolhimento do diferencial de alíquota previsto no artigo 178, inciso III do Anexo IX do RICMS/96. Entretanto, continua o Fisco, além de aproveitar o crédito pela entrada das mesmas mercadorias a Impugnante não recolhe o diferencial de alíquotas que seria devido, num eventual enquadramento dos materiais como sendo para uso ou consumo do adquirente.

A Fiscalização remete-nos a observar os documentos atuados a fls. 248/394 do PTA, dizendo que a própria atuada, em situações idênticas às noticiadas no item 1 do AI, tributa os mesmos materiais pelo ICMS, confirmando tratarem-se de mercadorias, insumos inerentes a sua atividade industrial.

Sustentado a exigência consubstanciada no item 2 do Auto de Infração, o Fisco aduz que a Impugnante fabrica, também, equipamentos cuja finalidade é servir de apoio e sustentação ao lançamento de estruturas metálicas, em obra de sua execução. Na fabricação dos equipamentos auxiliares de lançamento, a mesma utiliza-se de chapas, soldas, parafusos, discos de desbaste, rebolos e outros, apropriando-se do valor do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição. Tais equipamentos, segundo o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fisco, não integram o patrimônio da Impugnante, não sendo identificáveis por número, marca ou outra característica previamente documentada.

Informa que de acordo com as notas fiscais autuadas, a Impugnante remete, também, perfis e cantoneiras para o canteiro de obras, os quais são resultantes do processo industrial de conformação da chapa de aço. Explica como se dá a fabricação dos perfis e cantoneiras por parte do Impugnante.

Diz o fisco que, de acordo com o argumento da autuada, os equipamentos fabricados, assim como os perfis e as cantoneiras, remetidos ao canteiro, não se destinam a ser agregados à obra, mas tão somente para servirem de apoio e sustentação (resposta à intimação, fls. 23/24 do PTA). Assim sendo, conclui, tais equipamentos deveriam retornar ao estabelecimento do Impugnante.

Assevera que não há previsão na legislação tributária para que tais equipamentos, fabricados pela Impugnante, cujos créditos foram normalmente apropriados na entrada, tenham a saída não tributada pelo ICMS. Tampouco se verifica, no período fiscalizado, qualquer estorno de ICMS dos materiais adquiridos e que agora são remetidos para canteiro de obras, sem destaque do ICMS.

Aduz que não há tratamento uniforme por parte da Impugnante, no que se refere ao enquadramento da situação fática à norma tributária. Em situações idênticas o equipamento é remetido nos termos do Art. 179 e 184 do Anexo IX, outras vezes é remetido nos termos do Art. 5º, inciso XV do RICMS/96. Conclui que a vontade da autuada consiste em se beneficiar de uma hipótese de suspensão do ICMS não prevista na legislação. Que o fato ocorrido não está amparado em nenhuma das hipóteses previstas no Anexo III do RICMS/96.

Informa que o Contrato mais recente alcançado pela autuação teve início em 15/09/98 e término em 07/08/99, não sendo apresentada nenhuma nota fiscal de devolução dos equipamentos e/ou mercadorias.

Conclui que a saída dos equipamentos auxiliares fabricados pela Impugnante não se enquadra na regra de suspensão do imposto, sendo normalmente tributada pelo ICMS.

Posiciona-se contrariamente ao pedido do Impugnante relacionado à concessão de novo prazo para apresentação das notas fiscais de retorno dos equipamentos e realização de perícia, ao argumento de que o prazo já foi dado pela intimação constante de fls. 3 a 12 dos autos e que o pedido de realização de prova pericial é meramente protelatório.

Diz que a autuação não foi lavrada, tendo como prova os contratos firmados, mas tão somente a situação fática estabelecida no relatório do AI e que na maioria das notas fiscais anexadas ao PTA não consta o número do contrato.

Anexa os documentos de fls. 466/544 (Intimação dirigida à Impugnante com relação aos Contratos de empreitada, e respectiva resposta).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que a multa de revalidação foi corretamente aplicada e requer, ao final, a improcedência da Impugnação.

Em razão da juntada de documentos promovida pelo Fisco, abriu-se vista dos autos ao Impugnante, na pessoa de seu Ilustre Patrono, tendo o mesmo apresentado, inoportunamente, o Recurso de Agravo de fls. 547, não conhecido por esta Auditoria, dado ao seu não cabimento.

Todavia, registre-se, em relação aos documentos juntados, o inconformismo do Impugnante que alegou nulidade da intimação de fls. 466, ao argumento de que o Fisco não poderia ter intimado diretamente a empresa autuada, e sim ao procurador constituído, com base no Artigo 143 da CLTA/MG. Requer, também, sejam desentranhados os documentos juntados e devolvidos à Defendente.

A fiscalização comparece em seguida dizendo que se equivocou a Impugnante ao apresentar o Recurso retro. Adiante, ratifica todos os termos apresentados por ocasião da manifestação fiscal de fls. 455 e seguintes, pedindo o prosseguimento do feito.

DO RECURSO DE AGRAVO

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 562.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 565/572).

Sustenta que a intimação expedida pelo Fisco, fls. 466 dos autos, é nula, uma vez que foi dirigida à empresa autuada e não ao procurador constituído, nos termos do que prescreve o Art. 143 da CLTA/MG.

Insiste na tese de nulidade do processo administrativo, alegando que a manifestação fiscal se deu após os quinze dias estipulados em lei e que o despacho de indeferimento da perícia é ilegal, implicando em cerceamento de defesa.

Repisa os argumentos apresentados na Impugnação de fls., argumentando que se os produtos empregados já estão embutidos no valor contratado e, se sobre o valor do contrato foram retiradas todas as notas fiscais, recolhendo o ICMS incidente sobre tais valores, não há que se falar em débito de ICMS.

Quanto às remessas das mercadorias utilizadas como apoio ao lançamento das estruturas, a agravante defende-se dizendo que não se aplica ao caso a suspensão do ICMS, mas sim a não-incidência do tributo.

Aduz que não foi apresentada nenhuma prova do retorno dos referidos bens, porque, até o momento, os mesmos não retornaram, não tendo como provar o acontecimento de algo que não acontecera.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer a concessão de novo prazo para apresentar as citadas notas fiscais de retorno, e que sejam desentranhados os documentos juntados por ocasião da manifestação fiscal (fls. 468 e seguintes) e devolvidos à Agravante.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 555.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 576/589 dos autos, propugna, preliminarmente, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos a fls. 411 revelam-se desnecessários para deslindar o presente feito, bastando que se busque aplicar a legislação específica que trata das operações relativas à construção civil, tendo em vista, também, o que dispõe a Instrução Normativa DLT/SRE 002/91, especialmente as provas carreadas aos autos, quais sejam, as cópias de todas as notas fiscais autuadas, bem como as informações complementares prestadas pelo próprio Agravante.

É cediço que a prova técnica pericial é uma prova especial, somente deferida quando os elementos constantes dos autos forem insuficientes para o perfeito enquadramento da situação fática na norma legal que prevê a hipótese de incidência do imposto, o que não é o caso.

As nulidades suscitadas em sede de Recurso de Agravo serão abordadas adiante.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

2- quanto à nulidade do Auto de Infração

Não procede o argumento do Impugnante quando afirma que a intimação expedida pelo Fisco, direcionada ao sujeito passivo, para prestar informações e apresentar documentos fiscais, estaria ferindo o Art. 143 da CLTA/MG, o que a tornaria nula, considerando que não fora remetida ao procurador regularmente constituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, da simples leitura do dispositivo invocado temos que a regra consagrada referiu-se a atos processuais, enquanto que a intimação de fls. 466 refere-se a ato de fiscalização.

A ação do Fisco está amparada no Artigo 203 da Lei 6.763/75, e a juntada dos documentos se deu pela Fiscalização, embora ofertados pelo Impugnante em atendimento à intimação supracitada.

Improcedente, por conseqüência, o pedido para que sejam desentranhados os documentos juntados, até porque são importantes para o desfecho do presente contencioso.

A manifestação fiscal após o prazo de 15 (quinze) dias não causa nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 141 da CLTA/MG:

Art. 141 - A inobservância dos prazos destinados à instrução, à movimentação e ao julgamento de PTA responsabilizará disciplinarmente o funcionário culpado, mas não acarretará a nulidade do procedimento fiscal.

Também com relação à dilatação do prazo para apresentação de documentos o pedido é improcedente, nos termos da legislação tributária, cujo prazo já foi dado pelo Fisco na intimação de fls. 3 e tais documentos deveriam ter sido juntados na Impugnação interposta, conforme determina a CLTA/MG, Art. 98, parágrafo único, que atribui a pena de preclusão no caso da sua não juntada.

Ademais, o próprio Impugnante/Agravante afirma no Recurso de Agravo interposto que não tem as notas fiscais de retorno das mercadorias remetidas, uma vez que o mesmo sustenta que elas ainda não retornaram.

Portanto, é de se rejeitar o pedido do Impugnante, negando acolhida às preliminares argüidas.

DO MÉRITO

Depreende-se do relatório do Auto de Infração que as irregularidades apontadas pela Fiscalização nos itens 1 e 2 são semelhantes, diferenciando-se, apenas, quanto à origem das mercadorias remetidas, já que em relação ao destino são endereçadas a canteiros de obras (construção civil).

Com relação ao item 1 do AI são levantadas notas fiscais de remessa de materiais diversos a serem incorporados na montagem e execução da obra, enquanto que no item 2 são levantadas notas fiscais de remessa de equipamentos auxiliares fabricados pela Impugnante, para serem utilizados como apoio ao lançamento de estruturas metálicas, devendo retornar à origem, conforme constou nas notas fiscais de remessa sem incidência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, encerrada a fase de fiscalização, constatou-se que o retorno não ocorreu, face a inexistência de notas fiscais acobertadoras das operações, o que é confirmado pela Impugnante.

A matéria foi, recentemente, submetida à apreciação desta Casa, que revisou lançamentos fiscais efetuados em períodos anteriores.

A irregularidade apontada no item 1 do AI é idêntica à que foi submetida no PTA 01.000137041-91, cuja decisão foi, à unanimidade, pela improcedência do Lançamento (Acórdão 14.845/01/1ª).

Quanto à irregularidade apontada no item 2 do AI, cujas mercadorias são de fabricação própria do Impugnante, fora do local de realização dos serviços de construção civil, também foi examinada no PTA 01.000137372-85, cuja decisão foi, à unanimidade, pela procedência parcial do Lançamento (Acórdão 14.846/01/1ª), para excluir das exigências apenas os materiais empregados nas obras que são adquiridos de terceiros.

É que em relação ao item 1 do relatório do Auto de Infração, constata-se, do compulsar das notas fiscais acostadas a fls. 25 e seguintes, que o Impugnante pretendeu acobertar as saídas internas 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;

Nas saídas interestaduais agarrou-se à regra contida no Art. 179 do Anexo IX do RICMS/96, como por exemplo na nota fiscal de fls. 54.

As notas fiscais trazidas à colação têm, como natureza da operação, remessas para canteiros de obras, com informações no campo “Dados adicionais – Informações Complementares” do número do projeto em execução.

Conforme se vê do Estatuto Social da Impugnante, e de acordo com informações prestadas pelo Fisco, a atividade preponderante do Autuado é a siderurgia ou metalurgia, mas, eventualmente, realiza obras de construção civil, mediante contrato de empreitada. Sobressai 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Analisando os materiais discriminados nas notas fiscais de fls. 25 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. 30, 51, 52, etc. (cinto de segurança, óculos de segurança, lentes para máscara de solda, capacete de segurança) e outros materiais, conforme fls. 57, 64, 78, etc. (vassouras piassava, armário 2 gavetas, máquina de solda patrimônio 19590)

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 (Art. 5º, inciso XV), para não tributar tais operações pelo ICMS, não condiz com a realidade, o que, numa primeira análise, poderia direcionar a decisão pela procedência do lançamento fiscal, pelo menos no tocante a esta parte.

São empregados parafusos, porcas, arruelas, tintas, trilhos, dormentes de madeira, fita isolante, arame recozido, discos de desbaste, e outros materiais, que pela natureza e de acordo com as informações prestadas pelo Fisco em sua manifestação de fls., são adquiridos de terceiros, às vezes sem estar vinculados a Contrato de construção específico, tendo em vista que a Impugnante também utiliza-se destes materiais em sua linha de produção industrial, sendo certo que se apropria 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 ou consumo do próprio Impugnante, tais como os equipamentos de segurança já informados anteriormente.

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 e a informação de que são materiais adquiridos de terceiros, tendo, inclusive, o crédito do ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apropriado, em função de que também são utilizados na linha industrial da Impugnante, não se vislumbra motivo para negar aplicação da regra contida no Art. 179, inciso II do Anexo IX do RICMS/96.

Desta forma, sendo a saída dos materiais adquiridos de terceiros, incorporados na obra de construção civil, realizada mediante contrato de empreitada, 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.

Assim sendo, o Fisco deveria 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 é correto o lançamento atinente ao item 1 do Auto de Infração, 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.

Quanto às exigências consubstanciadas no item 2 do Auto de Infração relativas a emissão de notas fiscais para acobertamento de saídas de equipamentos auxiliares, de fabricação própria, remetidos ao canteiro de obras, sem destaque do imposto, restou evidenciada a não incidência prevista no art. 5º, inciso XV, do RICMS/96, uma vez que restou caracterizado tratar-se de bens integrantes do ativo permanente da empresa.

Portanto, exclui-se, também as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração por não restar caracterizada a infração imputada pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. Ainda em preliminar, novamente à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também a unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, cancelando-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento além do signatário, os Conselheiros João Inácio Magalhães Filho (Revisor), Mauro Heleno Galvão e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 08/08/01.

José Luiz Ricardo
Presidente/Relator

MLR