

Acórdão: 16.242/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112469-36
Impugnante: Maq Minas Construções Ltda.
Proc. S. Passivo: Betânia Cerchi Gouvea/Outros
PTA/AI: 01.000144442.06
Inscr. Estadual: 701.093029.0098
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - CONSTRUÇÃO CIVIL. Mediante análise de contratos de empreitada/subempreitada cotejados com os livros RE, RS, RAICMS e Registro de Prestações de Serviço, comprovou-se que, nos exercícios de 2001 a 2004, o contribuinte deu entrada a mercadorias para fornecimento em obras contratadas, ao desabrigo de notas fiscais, legitimando-se, por solidariedade, a exigência de ICMS/MR e a imposição da MI de 20% (art. 55, II, "a" e XXII, da Lei 6.763/75). Reformulado o crédito tributário para exclusão de valores de serviços prestados por terceiros. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais, por empresa de construção civil, durante os exercícios de 2001 a 2004, apuradas através da conferência de notas e livros fiscais de saída.

Estão sendo exigidos: ICMS, MR e MI (20% - art. 55, II, "a" - lei 6.763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 237/238, comprovando recolhimento da taxa de expediente às fls. 236.

O fisco, em manifestação de fls. 306/308, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal exara o Interlocutório de fls. 311, que resulta na juntada de documentos de fls. 316/405, com alteração do crédito tributário e explicitações por parte do fisco a partir de fls. 406.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 416/420, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) de fls. 411/412.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Considerações iniciais fazem-se necessárias.

Mesmo que inscrita no cadastro estadual como comércio varejista de material de construção (CAE 41.6.3.00.1), a Autuada, pelo que se vê nos autos e no próprio contrato social, exerce também a atividade de construção civil, em regra através de contratos de empreitada.

Sob ponto de vista do cumprimento de suas obrigações principais e acessórias, a empresa de construção civil deve obedecer ao disposto nos artigos 176 a 191 - Anexo IX - do RICMS/96 (176 a 189 - Anexo IX - do RICMS/02).

Importa salientar que a empresa de construção civil é um "contribuinte excepcional" do ICMS, pois que, originariamente, em relação à prestação de serviço de "construção civil", submete-se à tributação pelo ISSQN.

Será contribuinte do ICMS se efetuar saída de material, inclusive sobra e resíduo de obra executada ou de demolição, a terceiro; se der saída a material de produção própria, produzido fora do local da obra; se adquirir mercadoria de fora do Estado para emprego em obra contratada e executada sob sua responsabilidade, ou se importar mercadoria do exterior.

Afora esses casos, não se constitui contribuinte do imposto estadual.

Relevante, ademais, ressaltar que o ICMS não incide sobre o fornecimento de material adquirido de terceiros, quando decorrente de contrato de empreitada ou de subempreitada.

Enquanto empresa de construção civil não pode apropriar-se do valor do imposto relativo à entrada de mercadoria destinada a emprego em obra contratada por empreitada ou subempreitada (art. 181 - Anexo IX - RICMS/96) e se realizar vendas, ao promover, sem tributação, remessa de mercadoria para obra que executar, deve estornar o imposto correspondente à respectiva entrada (art. seguinte - 182).

Também diversamente do entendimento do fiscal autuante, toda movimentação de material ou bem móvel, seja entrada, seja saída, há que fazer-se sob cobertura de nota fiscal, ainda que a operação seja isenta. Tanto isso é verdade que o § 3º do art. 188 - mesmo Anexo (§ 3º do art. 186 - Anexo IX - RICMS/02) assim estabelece:

Art. 188...

§ 3º - Será considerada solidariamente responsável a empresa de construção civil que, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nome de terceiro, adquirir ou receber mercadoria ou serviço desacobertado de documento fiscal.

O Agente do fisco analisou os livros fiscais de entrada, saída, LRAICMS e o Livro de Registro de Prestações de Serviço de Construção Civil atinentes aos exercícios de 2001 a 2004, conforme descreve, e constatou, através das notas fiscais de serviço (fls. 18/94), "n" prestações executadas mediante contratos de empreitada para prefeituras municipais e terceiros.

Verificou que de tais notas constavam valores relativos a fornecimento de material, equipamento e mão-de-obra, sendo que o contribuinte tributava apenas esta última e pelo ISSQN.

Entendeu se tratassem de obras de construção civil com fornecimento de material adquirido de terceiros, cujas saídas não se dariam com tributação pelo ICMS, porém, deveria o material (mercadorias/equipamentos) ter origem comprovada.

Levantou todos os valores dessas mercadorias/equipamentos, comparando-os com o registro de entradas e apurou entradas desacobertadas, exigindo ICMS, MR e MI (20%).

Após a juntada de cópias dos contratos de empreitada e respectivos instrumentos de subcontratação (fls. 316/405), ainda que de forma pouco ordenada, o Fisco reformulou o crédito tributário e deduziu do total das mercadorias que teriam entrado no estabelecimento os valores dos contratos de subempreitada (R\$ 466.772,59), independentemente de comprovação por nota fiscal ou comprovante de pagamento de serviço, e apurou, assim mesmo, conforme somatório da coluna "j", R\$ 331.500,23, que embora sob rubrica de saídas de mercadorias sem notas fiscais, correspondem a entradas de mercadorias sem notas fiscais, resultando em exigência de ICMS, MR e MI (20%).

O procedimento mostra-se corretíssimo, pois se o sujeito passivo registra execução de obra de construção civil com fornecimento de material (mercadoria e equipamento) e não comprova realização de serviço por terceiros, evidentemente, infere-se, terá sido executada por ela própria, situação em que se lhe impõe comprovar, por documentação fiscal, a movimentação das aquisições e saídas.

Destarte, a imputação fiscal ganha força e valida a exigência do tributo, "por força de solidariedade" com o(s) fornecedor(es), uma vez não comprovada a cobertura fiscal das aquisições.

Portanto, a exigência de ICMS há validar-se, obviamente, tão só por força da solidariedade, conforme dispõe o citado § 3º do art. 188 - Anexo IX - RICMS/96 (§ 3º do art. 186 - Anexo IX - RICMS/02), bem assim o art. 21, VII, da Lei 6.763/75, este último **in litteris**:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - a pessoa que, a qualquer título, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria, sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;

As planilhas de fls. 408/410, elaboradas quando da reformulação do crédito tributário são auto-explicativas. A cobrança de ICMS está a se fazer por entradas e não por saídas desacobertadas.

Importa atentar para o fato de que o fisco capitulou a MI no art. 55, II, "a", da lei 6.763/75. Essa é a redação atual, aplicável a partir de 01/11/03, portanto, alcançando parte do exercício de 2003 e o de 2004. Para o período anterior há prevalecer o art. 55, XXII, revogado pela lei 14.699/03. A MI do inciso XXII é de 20% sobre a base de cálculo e não seria o caso de redução a 10%, porque não houve acobertamento das saídas e nem comprovação de que o imposto fora pago quando das aquisições.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 411/412 e parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 16/03/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora