

Acórdão: 3.312/07/CE Rito: Sumário
Recurso de Revisão: 40.060121551-22
Recorrente: Engelminas Construções Elétricas Ltda
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Leonardo Varella Giannetti/Outro(s)
PTA/AI: 02.000212114-14
Inscr. Estadual: 186203398.00-92
Origem: DF/ BH-5

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - CONSTRUÇÃO CIVIL. Imputação de falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual, decorrente de aquisição de mercadorias em operação interestadual para uso em obra de construção civil no Estado de Minas Gerais. Canceladas as exigências fiscais, nos termos do parágrafo único do artigo 176, Anexo IX, do RICMS/02, uma vez que a Autuada não é contribuinte do imposto. Reformada a decisão anterior. Recurso de Revisão conhecido e provido. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de cabos elétricos destinados à Recorrente, para seu uso em obra no território mineiro, com alíquota do ICMS referente a operação interestadual, como se contribuinte fosse, quando o correto seria a tributação pela alíquota referente à operação interna, pois a destinatária (Autuada) está enquadrada na condição de não-contribuinte do ICMS neste Estado.

No momento da ação fiscal foi apresentada a nota fiscal nº 005483, de 04/09/06, emitida por General Cable do Brasil S.A., sediada no Estado do Espírito Santo, com destaque do ICMS pela alíquota interestadual de 12%.

Exige-se o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interestadual e a interna, e multa de revalidação.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 18.336/07/3ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente o lançamento, mantendo integralmente as exigências fiscais.

DAS RAZÕES DA RECORRENTE

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão às fls. 102/112, por intermédio de procurador regularmente constituído, juntando o documento de fl. 113.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contesta a decisão anterior, argumentando que não é contribuinte do ICMS, fato reconhecido no Auto de Infração, o que afasta a exigência do pagamento do diferencial de alíquotas e da multa.

Salienta que as mercadorias adquiridas, objeto da autuação, são insumos destinados às obras que executa, não se tratando de consumo final ou comércio.

Ressalta que existe entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado sobre a inexigibilidade do ICMS para empresas de construção civil, transcrevendo decisões.

Argumenta que não há lei estadual prevendo expressamente a responsabilidade da empresa de construção civil, previsão esta que também não consta do art. 189-A do Anexo IX, do RICMS/02.

Alega que o Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para pleitear o ICMS devido no Estado de origem, vez que não foi o ente prejudicado.

Explica que é associada à AMECRE (Associação Mineira de Empresas Construtoras de Redes Elétricas), a qual obteve decisão proferida pelo STJ, já transitada em julgado, que declara a inexigibilidade do diferencial de alíquotas do ICMS sobre a aquisição de insumos pelas construtoras para a execução de suas obras.

Ao final, requer a procedência do seu recurso, para que seja reformada a decisão recorrida, com a anulação do Auto de Infração.

A taxa de expediente não é devida, haja vista que o valor do crédito tributário é inferior a 6.500 UFEMG, conforme previsto no item 2.21 da Tabela A, anexa à Lei 6.763/75.

Quanto ao depósito recursal, previsto no art. 22 da Lei n.º 14.699/03, deixou de ser exigido nos termos do Comunicado n.º 07/2007 do CC/MG e Parecer n.º 14.775/07 da Advocacia Geral do Estado.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Em seu Recurso de Revisão a Recorrente argumenta, basicamente, que não é contribuinte do ICMS; as mercadorias adquiridas são insumos destinados às obras que executa; que este Estado não possui legitimidade para pleitear o ICMS devido no Estado de origem; e que a associação da qual é afiliada obteve decisão favorável proferida pelo STJ, já transitada em julgado, que declara a inexigibilidade do diferencial de alíquotas no caso em questão.

Entende a Recorrente que não sendo contribuinte do ICMS, não estaria sujeita ao pagamento deste imposto e nem às obrigações acessórias decorrentes de seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fato gerador e se alguma obrigação existir seria, unicamente, aquela prevista no artigo 189-A, do RICMS/2002, que é a comunicação ao seu fornecedor de que não é contribuinte, o que segundo afirma foi cumprido, não lhe podendo ser imputado equívoco alheio, no momento da emissão da nota fiscal.

Sobre a exigência do diferencial de alíquotas sobre as operações realizadas pelas empresas de construção civil, o parágrafo único do art. 176, do Anexo IX, do RICMS/02, dispõe que:

Art. 176 - O imposto incide quando a empresa de construção promover:

III - a entrada no estabelecimento de mercadoria ou bem, ou a utilização de serviços, nas hipóteses dos incisos VII e XI do caput do art. 1º deste Regulamento;

(...)

Parágrafo único - A incidência prevista no inciso III do caput deste artigo somente se aplica à empresa de construção civil que, em função da natureza de seus negócios ou atividades, for contribuinte do ICMS, nos termos do inciso I do caput do art. 178 desta Parte. (GN)

(...)

Depreende-se da legislação acima transcrita, que a incidência do imposto devido pelo diferencial de alíquotas somente se aplica às empresas de construção civil que forem contribuintes do ICMS, o que não é o caso da Autuada.

Analisando os autos, observa-se que o fato da Autuada não ser contribuinte do imposto é incontroverso, haja vista que o próprio Fisco faz essa afirmação no relatório do Auto de Infração, à fl. 02, bem como em sua manifestação fiscal à fl. 84.

Ademais, a Recorrente impetrou mandado de segurança através da AMECRE – Associação Mineira de Empresas Construtoras de Redes Elétricas, obtendo decisão favorável proferida pelo STJ, já transitada em julgado, que declara a inexigibilidade do diferencial de alíquotas do ICMS sobre a aquisição de insumos pelas construtoras, conforme documentos às fls. 39/73.

A Recorrente comprovou que é filiada à referida entidade, conforme relação de associados à fl. 57, sendo que o Fisco em momento algum contesta tal situação.

O Auto de Infração, assim como o acórdão recorrido, estão amparados no que dispõe o artigo 189-A, do Anexo IX, do RICMS/02, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 - comprovar o pagamento da diferença do imposto devido à unidade da Federação de origem, inclusive por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE); ou

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; ou

b - relativo à operação subsequente.

§ 2º - Para apuração do imposto a ser antecipado será observado o seguinte:

I - relativamente às operações de que tratam os incisos VII e XI do caput do artigo 1º deste Regulamento, será aplicado o percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo utilizada para a cobrança do imposto na origem;

II - relativamente à operação subsequente, será aplicada a alíquota interna sobre o valor da operação de entrada, deduzindo do resultado o imposto corretamente destacado no documento fiscal emitido pelo remetente.

(...)

§ 4º - Em se tratando de antecipação relativa à operação subsequente, a empresa de construção civil não fica dispensada do recolhimento do imposto devido por ocasião da saída da mesma mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização.

§ 5º - A antecipação de que trata a alínea "b" do inciso II do § 1º não se aplica à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, hipótese em que a empresa de construção civil observará as disposições relativas ao referido regime.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º - Para efeitos de recolhimento do imposto antecipado, desde que não exista posto de fiscalização por onde transitar a mercadoria, quando a entrada em território mineiro ocorrer em dia ou horário em que não haja expediente bancário, o recolhimento deverá ser efetuado até o primeiro dia útil subsequente ao do recebimento da mercadoria pelo destinatário. (GN)

Observa-se que o dispositivo legal acima transcrito atribui ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquotas quando a nota fiscal de aquisição for emitida com o imposto destacado pela alíquota interna, **presumindo** que o destinatário seja contribuinte do imposto. Ou seja, na falta de comprovação em contrário, sobretudo no trânsito de mercadorias, considera-se o destinatário como contribuinte do imposto e exige-se o diferencial de alíquotas.

Entretanto, diante da afirmação da Autuada e da confirmação pelos próprios Fiscais autuantes de que se trata de não contribuinte do imposto, há que prevalecer o disposto no parágrafo único do artigo 176, acima citado, não se aplicando a incidência do imposto.

Acrescente-se que, restando comprovada a condição de “não contribuinte” do destinatário, a diferença de alíquota de ICMS seria fruto de erro do emitente da nota fiscal, que por engano teria utilizado a alíquota interestadual, quando o correto seria a alíquota interna. Neste caso específico, a complementação do imposto seria devida ao estado de origem.

Nesse sentido, são indevidas as exigências fiscais constantes do presente Auto de Infração, vez que não restou caracterizada a infração à legislação tributária, devendo ser reformada a decisão recorrida, para cancelamento do crédito tributário.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, também à unanimidade, em dar provimento ao recurso. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia, René de Oliveira e Sousa Júnior e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 07/12/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

Lfct/ma