

Acórdão: 229/00/6^a
Impugnação: 55.144
Impugnante: Metagal Indústria e Comércio Ltda
Advogado: Ivo Limoeiro/Outros
PTA/AI: 16.000006739-91
Inscrição Estadual: 596.914130.0009 (Impugnante)
Origem: AF/ Santa Rita do Sapucaí
Rito: Ordinário

EMENTA

Restituição - ICMS, Multas e Juros - Reconhecido à Impugnante o direito à restituição pleiteada, uma vez não caracterizada sua legitimidade passiva pela correspondente obrigação tributária. Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R\$ 51.676,55 , ao argumento de que contratou a empresa Consid Indústria e Comércio Ltda (Contrato de Empreitada Global celebrado em 15/03/95-cópia anexa) para construção de um galpão industrial, sendo as estruturas de concreto armado e mão-de-obra necessária à sua instalação fornecidos pela contratada.

Esclarece, que não existe incidência de ICMS, na empreitada global, muito menos diferença de alíquota, pois o contrato de empreitada global é uma obrigação de fazer e os bens enviados ao local da obra pela empresa de construção civil, não constituem mercadorias, constituem parte da obrigação de fazer.

Assim, não sendo mercadoria e não havendo circulação econômica, não existe incidência de ICMS e/ou diferença de alíquota interestadual.

Diz, ainda, que as Notas Fiscais, objeto da autuação, foram emitidas pela Contratada em sua sede em São Paulo destinadas ao seu canteiro de obras, por isso deveria o Fisco “in casu” responsabilizar aquela empresa pelo débito que entendeu devido e não à requerente.

Finalizando, requer o deferimento de seu pedido.

O Chefe da AF/ Santa Rita do Sapucaí, em despacho de fls. 97, decide indeferir o pedido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Superintendente da SRF/Sul, referendando parecer de sua Assessoria, defere parcialmente o Pedido, conforme despacho de fls 102.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação de fls.106 a 111 , requerendo a sua procedência.

O Fisco, apresenta a manifestação de fls.115 a 119 , refutando as alegações da defesa, requerendo a procedência parcial da Impugnação, conforme despacho de fls. 102.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 120 a 125 , opina pela procedência da Impugnação.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

De início, faz-se necessário ressaltar que a discussão de mérito, com relação a contencioso fiscal, não prejudica negócios porventura conduzidos pelo contribuinte, em função do efeito suspensivo decorrente do recurso administrativo, se expedindo, no caso, certidão positiva, com efeito negativo, conforme art. 206 do CTN.

A construção civil realizada sob a modalidade de empreitada plena (mão de obra e material) é aquela em que a execução da obra corre por conta e risco da empresa de construção civil, que tem a responsabilidade de entregar a edificação concluída. O contratante, não se envolve, portanto, em questões como aquisição de material e contratação de mão de obra.

No caso a empresa contratada, pela reclamante para execução da obra de construção de sua sede no município de Santa Rita do Sapucaí, neste Estado, foi a CONSID INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, sediada no município de São Paulo, Estado de São Paulo, que obviamente instalou canteiro de obra naquele município.

De fato, as notas fiscais de serviços remetidas à contratante (fls. 63 a 72) da autuação fiscal, que tramita juntamente com o pedido de restituição, referem-se à cobrança pelos serviços prestados pela contratada na execução da obra, conforme contrato entre as partes às fls. 34 a 41 dos autos.

Assim, a responsabilidade pela exigência fiscal consignada na peça fiscal emitida, cabe à construtora, no caso a CONSID, já que a Seção XIII (Arts. 657 a 672, do RICMS/91), que trata das operações relativas à construção civil, e que regulamenta o Convênio 71/89, atribui tal responsabilidade tão somente a esta.

No art.124, inciso I, do CTN, citado na réplica, avista-se a possibilidade da contratante, ser arrolada como responsável solidária, pela infração incorrida, posto que esta norma diz que são solidariamente responsáveis, as pessoas que tenham interesse

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Como está ali disposto, tem-se a impressão de que tal atribuição não dependa de previsão em Lei e sim, da análise dos fatos, para determinar a existência de tal interesse.

Não é o que dispõe o art. 896, do Código Civil, onde está estatuído que a solidariedade, não se presume, e sim decorre de Lei.

Assim, o legislador mineiro, ocupou-se de determinar quais são aquelas pessoas que são solidariamente obrigadas pelo pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e os elencou no art. 21, da Lei no 6763/75.

Dentre as pessoas ali relacionadas não está a contratante de serviços de obra de construção civil. Também a legislação específica, os artigos 657 a 672, do RICMS/91, vigente à época dos fatos, não contempla tal atribuição e tão somente, no art. 669, § 20, considera solidariamente responsável a empresa de construção civil que, em nome de terceiros, adquire ou recebe mercadorias ou serviços desacobertados de documentação fiscal.

Já, o art. 128, do citado CTN, também citado na manifestação do Fisco, a atribuição da responsabilidade a terceira pessoa, decorre de previsão em Lei, de forma expressa, o que, como vimos não ocorreu para capitulação do caso presente.

Assim, como não existe a previsão legal para que se atribua a responsabilidade do pagamento do tributo exigido pela peça fiscal emitida pelo Fisco, à Autuada, tal exigência não poderia dela ser cobrada.

E, não sendo de responsabilidade da Impugnante a obrigação tributária, quer como contribuinte, quer como responsável, não há que se falar em oposição à Fazenda Pública, relativamente ao pagamento efetuado, nos termos do art. 123, do CTN, já que ocorreu, sem dúvida, a eleição errônea do Sujeito Passivo.

Desta forma, há que se considerar o pagamento efetuado como indevido, restando por fim, a repetição do indébito.

A restituição, se dará sob a forma de aproveitamento de crédito, conforme art. 41, I, a, da CLTA/MG e art. 92 do RICMS/96 e o valor indevidamente pago, objeto do pedido, deverá ser atualizado nos termos do art. 37, Parágrafo Único, da CLTA/MG e art. 95, do RICMS/96.

Do MÉRITO

Ao contrário do que alega a Impugnante, ainda que não seja de sua responsabilidade, o tributo decorrente da autuação fiscal em discussão, é devido, não tendo nesta particularidade, incorrido o Fisco em erro ou excesso de *zêlo*.

As decisões, pareceres e doutrina citados pela Defendente em sua Impugnação, embora pertinentes à matéria discutida, não podem ser acatados, de um lado em função das disposições do art. 88, I, da CLTA/MG, e por outro lado, pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

questão fática encontrar-se plenamente caracterizada e prevista na legislação fiscal aplicável.

É clara a imposição decorrente da observância do Convênio 71/89, que firma entendimento sobre a alíquota aplicável em operação interestadual que especifica:

“Cláusula primeira - Acordam os Estados e o Distrito Federal em firmar entendimento de que nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, para fornecimento em obras contratadas que executem sob sua responsabilidade, e em que ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto, aplica-se o disposto na letra "a" do inciso VII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.”

O texto constitucional assim dispõe:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)."

Nos artigos 657 e 672, do RICMS/91, vigente à época dos fatos, como já dito, na seção que trata das operações relativas à construção civil está regulamentado, as disposições constantes do citado Convênio.

Esta norma, em especial, o art. 659, III, dispõe quanto à incidência do tributo quando a empresa de construção civil, promover a entrada de mercadoria ou bem, com utilização dos respectivos serviços, oriundos de outra Unidade da Federação adquirida para fornecimento em obra contratada e executada sob sua responsabilidade. No Parágrafo único, do mesmo artigo, explica-se que tal incidência, refere-se à diferença de alíquota, devendo ser observado o disposto nos arts. 61 e 62, que estabelecem a forma de cálculo do tributo, de uma maneira geral.

Para melhor compreensão da exigência fiscal formalizada, importante esclarecer as razões pelas quais, no caso, não se pode considerar a não incidência, prevista no art. 660, do citado RICMS/91.

Com efeito, ali está disposto, no inciso II, que se ocorrer o fornecimento de materiais adquiridos de terceiros, quando efetuado em decorrência de contrato de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empreitada ou se estes materiais forem movimentados entre os diversos estabelecimentos do mesmo titular (inciso III) , não haverá a incidência do imposto.

Entretanto, o que a CONSID forneceu e movimentou foram materiais de fabricação própria, como admite a contratante, em sua impugnação (fls. 02 item 2 e fls. 03 - Item I I) e a própria contratada nas informações que prestou à Administração Fazendária de Santa Rita do Sapucaí, constante às fls. 29 dos autos.

O artigo 658, é incisivo ao classificar a empresa de construção civil e o art. 657, todos do RICMS/91, claro em definir as obrigações destas empresas, dentre elas a de se inscrever no cadastro de contribuintes deste Estado. Neste pormenor, algumas exceções são admitidas, nos termos do art. 661, as quais não dispensam a CONSID desta obrigatoriedade, já que não possui outro estabelecimento inscrito no Estado de Minas Gerais, o que prejudica a observância de outras normas constantes do capítulo da construção civil, dentre elas, aquelas impostas pelos arts. 664 e 665.

Necessário também, citar o item 32, da Lista de Serviços, instituída pela Lei Complementar nº 56/87 e que dá nova redação à Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, para afastar a pretensão de suas operações serem sujeitas somente à tributação pelo ISS:

“ (...)

32-Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(...)”

Indiscutível, que a CONSID, forneceu mercadorias produzidas fora do local da prestação dos serviços, como já discorremos anteriormente.

Sobre o assunto, várias consultas foram formuladas. Dentre elas citamos a Consulta Fiscal Direta n" 539/94, c 'a cópia apensamos e que, à saciedade, esclarece a questão. Não tem sido diferente, a resposta dada a outras consultas apresentadas posteriormente.

E, para alicerçar, definitivamente, a certeza da exigência fiscal corretamente levantada pelo Fisco, em relação ao mérito, imperioso se faz juntar o Acórdão nº 10922/94/1ª, deste Conselho, em julgamento de Impugnação, coincidentemente, interposta pela CONSID INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., autuada pelos mesmos motivos que ensejam o PTA em tela, e que foi considerada, à unanimidade, improcedente.

Por fim, resta informar que a empresa acima, embora inscrita em outra Unidade da Federação, foi, em três outras oportunidades, autuada pelo Fisco mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, concluímos pela restituição à Impugnante da importância integralmente recolhida, uma vez não caracterizada sua legitimidade passiva pela correspondente obrigação tributária, ressalvando-se ao Fisco o direito de renovar a ação fiscal contra a empresa Consid Industria e Comércio Ltda, observado o prazo decadencial de 5(cinco) anos.

Diante do exposto, ACORDA a 6ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Wallisson Lane Lima (Revisor), Vander Francisco Costa e Angelo Alberto Bicalho de Lana.

Sala das Sessões, 16/03/00.

**Luciano Alves de Almeida
Presidente/Relator**

LAA/EJ

CC/MG