

Acórdão: 14.847/01/1.^a
Pedido de Reconsideração: 40.40006936-70
Requerente: Tuma Engenharia Térmica Ltda
Requerida: Fazenda Pública Estadual
Proc. Sujeito Passivo: José Luiz de Gouvêia Rios
PTA/AI: 01.000016865-75
Inscrição Estadual: 062.024389.0043
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN – AR CONDICIONADO CENTRAL – FORNECIMENTO, MONTAGEM E INSTALAÇÃO – EMPREITADA/SUBEMPREITADA. Atividade inicialmente considerada como serviço complementar de construção civil, nos termos da Consulta 149/80, cujo entendimento foi reformulado através da Instrução Normativa 02/92, publicada no MG de 16/04/92, revogando todas as disposições em contrário, tornando despicando qualquer comunicação pessoal à Requerente. Notas fiscais objeto da autuação, sem destaque do ICMS, emitidas na vigência da referida Instrução. Auto de Infração recebido pela Autuada anteriormente à liminar concedida à ABRVA. Excluídas do montante do crédito tributário os valores relativos às notas fiscais de serviços vinculadas a contratos de empreitada anexados aos autos, firmados anteriormente à 16/04/92, adequando-se as exigências à Instrução Normativa 02/97, que revogou a Instrução anteriormente citada. Pedido de Reconsideração parcialmente deferido. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS no fornecimento e instalação de ar condicionado e nas saídas de mercadorias, no período de 16/04/92 a 31/07/92.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 10.466/93/1^a, por maioria de votos, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS e MR (50%), no valor, adaptado à Lei n.º 12.729/97.

DAS RAZÕES DA REQUERENTE

Inconformada, a Requerente interpõe, tempestivamente, o presente Pedido de Reconsideração, às fls. 82 a 90, por intermédio de procurador regularmente constituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Menciona que faria parte de uma associação, ABRAVA, que teria interposto mandado de segurança, julgado pela 1ª Câmara Civil do TJ/MG, cujo Acórdão a imunizaria contra qualquer ação fiscal, relativamente à matéria tratada no *mandamus*, conforme artigo 151, do CTN.

Os contratos de instalação de sistema de ar condicionado, os quais estaria anexando às fls. 125 a 179, não poderiam ter sido alcançados pela Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/92, de fl. 479, pois teriam sido celebrados anteriormente.

Assevera que sua atividade não estaria inserida no conceito de industrialização, sujeita ao ICMS, pois corresponderia a um verdadeiro contrato de empreitada, no qual o fornecimento de mercadoria seria mera condição para o implemento da obrigação.

Transcreve o artigo 8.º e seu § 1.º, do decreto-lei n.º 406/68, e afirma que a União e os Estados somente poderiam cobrar o IPI e o ICMS, na hipótese de prestação de serviço listado, se houvesse a ressalva da incidência do ICMS na própria lista.

Cita a doutrina e requer seja conhecido e deferido o Pedido de Reconsideração.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 182, encaminhou os autos para a PGFE, a fim de que esta se manifestasse acerca do mandado de segurança, haja vista o disposto no artigo 11 da CLTA/MG.

A PGFE retornou os autos para este Conselho, pois primeiramente a Autuada deveria ter sido intimada a comprovar se realmente era associada da ABRAVA e desde quando.

Após a anexação dos documentos de fls. 189 a 218 por parte da Autuada, a Auditoria Fiscal retornou os autos para a PGFE, que manifestou-se, às fls. 220/221, no sentido de que deveria ser excluída da base de cálculo o valor das prestações, porém somente no período de 16 a 30 de abril de 1992.

À fl. 222 esta Auditoria Fiscal esclareceu o motivo da renumeração do PTA e, a seguir, à fl. 223, determinou a realização de diligência.

O Fisco, então, às fls. 225/226, fez algumas solicitações à Autuada, que, entretanto, informou, às fls. 229/230, ser impossível atendê-las, citando a decadência e o fato de o PTA ter retornado para a SRF/Metropolitana apenas para que se confirmasse se o mandado impetrado pela ABRAVA a imunizava ou não contra qualquer procedimento fiscal no período abrangido pela ação fiscal.

Diante disso, a Auditoria Fiscal, através do despacho interlocutório de fl. 235, efetuou as mesmas solicitações à Autuada, que apresentou os documentos de fls. 239 a 335.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após ter vista dos autos, à fl. 343 o Fisco solicitou novas informações/documentos à Autuada, a qual fez anexar os documentos de fls. 345 a 474.

O Fisco, então, manifestou-se às fls. 475 a 477, ocasião em que retificou as exigências, consubstanciadas no quadro de fl. 478.

A requerente, notificada a respeito, novamente sustentou, às fls. 483/484, que estaria protegida por consulta formulada à SEF/MG, além de mandado de segurança impetrado por sua associação.

O Fisco mencionou, às fls. 492/493, que a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/92, base da autuação original, teria reformulado todas as orientações decorrentes de consultas anteriormente formuladas.

Por sua vez, entende que as saídas de mercadorias desvinculadas de contratos de fornecimento e instalação de ar condicionado central teriam sido legitimamente tributadas, sendo que a reformulação do feito fiscal já procedida teria levado em consideração a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/97, de fl. 480, que além de ter revogado a I.N. DLT/SRE n.º 02/92, encontrar-se-ia de acordo com a decisão do TJ/MG, de fls. 98 a 106.

Finalmente, esta Auditoria Fiscal houve novamente por bem renumerar o PTA, conforme Termo de fl. 496.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 497 a 502, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração e no mérito pelo seu deferimento parcial.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, transcreve-se abaixo o seu inteiro teor, como fundamento da presente decisão.

“DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Em examinando a respeitável decisão dessa Colenda Câmara, bem como as razões apresentadas pela Requerente, entendemos que o pedido trouxe matérias não apreciadas no julgamento anterior; quais sejam, a existência de um mandado de segurança interposto por associação da qual faz parte a Autuada, além da anexação de contratos de instalação de sistema de ar condicionado, conforme, respectivamente, fls. 98 a 106 e 125 a 181.

Diante disso, reputamos atendida uma das condições do então vigente artigo 135 da CLTA/MG (redação de 20-1-88 a 22-1-98) e, via de consequência, configura-se admissível o Pedido de Reconsideração.

DAS PRELIMINARES

1. Relativamente à assertiva da Autuada de que estaria amparada pela resposta à consulta n.º 149/80 formulada à FPE, de fl. 22, temos que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O procedimento fiscal foi norteado pela Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/92, que destinava-se a todos os contribuintes e reformulava orientações anteriores, o que tornava despiciendo qualquer comunicado pessoal, que somente seria cabível se a solução da consulta formulada pela Autuada tivesse sido modificada por outra consulta superveniente (conforme o então vigente § único do artigo 23 e o § 2º do artigo 21, ambos da CLTA/MG).
2. Quanto ao mandado de segurança, temos que :
- O Auto de Infração foi recebido pela Autuada em 11-11-92, conforme fl. 04, enquanto a segurança foi concedida posteriormente pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública, conforme fl. 181;
 - Como bem assinalado pelo Egrégio TJ/MG ao confirmar a sentença, à fl. 105, “ocorre a incidência do ICMS apenas sobre o valor das mercadorias fabricadas pelo empreiteiro ou subempreiteiro fora do canteiro de obras, bem como sobre a venda e colocação de aparelho de ar condicionado, porque estranho à estrutura da obra”;
 - Com a reformulação de fls. 475 a 478 o Fisco restringiu a autuação às prestações/saídas de mercadorias cujos contratos de empreitada ou subempreitada não foram apresentados pela Autuada, além das saídas de mercadorias que, inobstante a existência de contratos, a Autuada não apresentou as notas fiscais de aquisição, situação que ensejou a constatação de “fabricação fora da obra”;
 - Por sua vez, a PGFE, às fls. 220/221, salientou que a decisão do Egrégio TJ/MG “não teve o condão de excluir qualquer tributação, mas, apenas, de excluir da base de cálculo o valor da prestação de serviços”, o que efetivamente foi efetuado, conforme acima mencionado.

DO MÉRITO

A análise das preliminares acima fez emergir o próprio mérito da autuação. Devemos ainda destacar que:

- a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/97, observada pelo Fisco quando da reformulação do feito fiscal, conforme fl. 475, revogou a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/92, trazendo novamente a atividade da Autuada para o âmbito do item 32 da Lista de Serviços (antigo item 19);
- a Autuada, às fls. 239 a 241, relacionou as notas fiscais objeto da autuação, sendo parte atinente aos contratos por ela anexados (total de 08 itens) e outra parte não atinente a tais contratos (total de 25 itens), tendo a seguir anexado as referidas notas fiscais;
- apesar de requisitados pelo Fisco, à fl. 343, a Autuada não apresentou outros contratos relativos à autuação, mas sim aqueles de fls. 345 a 432, que a ela não dizem respeito (os contratos com as empresas Sengel e Robert Bosch são as exceções, porém não tiveram notas fiscais de serviço, série A, incluídas na autuação);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- anteriormente a Autuada já havia destacado, à fl. 240, que estaria anexando notas fiscais que não se relacionariam com os contratos por ela já anexados, de fls. 125 a 179. Porém, o fato é que a autuação abrangeu outras notas fiscais e a Autuada não apresentou os contratos a elas atinentes, se realmente existentes;
- A reformulação procedida pelo Fisco, de fls. 475 a 478, excluiu as notas fiscais série A (prestação de serviços) desde que atinentes a contratos de empreitada ou subempreitada anexados (relativos a período anterior àquele da autuação). Não foram, porém, excluídas as notas fiscais séries B ou C, mesmo que relativas a tais contratos, tendo em vista a não apresentação das notas fiscais de aquisição das mercadorias, as quais comprovariam a “não fabricação fora do canteiro de obra”, e, no caso das notas fiscais, série C, n.º 002794, 002798, 002799 e 003091, tendo em vista se referirem a saídas de bens do ativo fixo cujos retornos não foram comprovados.

Por outro lado, constatamos que também deveriam ter sido excluídas outras notas fiscais série A, pois os contratos anexados antecedem o período objeto da autuação.

Nessa situação temos as notas fiscais n.º 1154 e 1183 (primeiro contrato Construtora OAS Ltda., de fls. 131 a 137); n.º 1193 (contrato Associação Comercial de Minas Gerais, de fls. 150 a 153); n.º 1149, 1163, 1164, 1169 e 1184 (segundo contrato Construtora OAS Ltda., de fls. 154 a 161); n.º 1153 e 1188 (contrato Embratel, de fls. 172 a 175).

A nota fiscal n.º 1157, que poderia fazer parte dessa relação, não deve ser excluída, pois emitida para Arcane Participações, enquanto o contrato, segundo a própria Autuada, à fl. 240, refere-se àquele firmado com o Carrefour Campinas.

Assim, teríamos os seguintes valores a serem também excluídos (em Cr\$) :

<u>Nota Fiscal</u>	<u>Período</u>	<u>Base de Cálculo</u>	<u>ICMS</u>
001149	04/92	250.000.000,00	45.000.000,00
001153	04/92	489.000,00	88.020,00
001154	04/92	100.000.000,00	18.000.000,00
001163	06/92	87.364.995,90	15.725.699,26
001164	06/92	250.000.000,00	45.000.000,00
001169	06/92	154.210.526,32	27.757.894,74
001183	06/92	482.091.889,00	86.776.540,02
001184	06/92	73.684.210,53	13.263.157,90
001188	06/92	29.131.475,51	5.243.665,59
001193	06/92	25.110.009,92	4.519.801,79

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Diante do exposto, ACORDA a 1.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer o Pedido de Reconsideração. No mérito, pelo voto de qualidade, em deferir parcialmente o mesmo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidos, em parte, os Conselheiros Vander Francisco Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o deferiam totalmente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa, Cleusa dos Reis Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão. Pela Requerente, sustentou oralmente o Dr. José Luiz de Golvêia Rios e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

Sala das Sessões, 08/05/01.

José Eymard Costa
Presidente/Relator

CC/MG