

Acórdão: 15.136/01/1^a
Impugnação: 40.010056475-84
Impugnante: Engequadra Construções Esportivas Ltda. (Aut.)
Coobrigados: Associação dos Técnicos Industriais da Vale e Obrafer Estruturas e Cobertura
Proc. do Suj. Passivo: José Otávio de Vianna Vaz/Outro
PTA/AI: 02.000119427-10
Inscrição Estadual: 062.805714.00-88(Aut.)- 317.885303.00-62(Coob./Assoc.) e 740.801528.00-64(Coob./Obrafer)
Origem: AF/Itabira
Rito: Ordinário

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN. Imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido no fornecimento de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Evidenciado que as mercadorias foram empregadas na obra no próprio local da realização, justifica-se a incidência do ISS. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de não ter recolhido o ICMS devido no fornecimento de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal para Ativa – Associação dos Técnicos Industriais do Vale, conforme contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 27/31, aos seguintes argumentos:

- os dispositivos legais apontados como infringidos são inaplicáveis na hipótese dos autos, visto que não foi demonstrada nenhuma infringência aos mesmos;
- a multa aplicada também é indevida pois está baseada em ICMS que não é o imposto devido na operação em questão;
- realizava serviços de construção civil, por empreitada, para a Ativa – Associação dos Técnicos Industriais do Vale, cuja obra foi devidamente registrada no CREA, e este serviço é sujeito à incidência do ISS, o qual foi devidamente recolhido;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há imposto a recolher no tocante aos materiais fornecidos, tal como preconizam decisões do Superior Tribunal de Justiça;

- as mercadorias não estavam desacobertas de documentação fiscal, pois uma vez entregues na obra, juntamente com as notas fiscais, estas retornam à contabilidade da empresa, situada em Belo Horizonte;

- a base de cálculo do ICMS utilizada pela Fiscalização representa 75% do valor total do contrato, que era a parte já realizada da obra, quando da fiscalização, ou seja, a autuação não se deu sobre o valor das mercadorias ali encontradas.

Ao final pede a improcedência do Lançamento.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa às fls. 80/81, aos seguintes argumentos:

- a Autuada e a Ativa mantêm entre si contrato para a construção de um ginásio poliesportivo no endereço desta última;

- referido contrato prevê ainda a confecção e montagem de estrutura metálica e cobertura metálica para o ginásio;

- o objeto do presente Processo Tributário Administrativo é apenas a estrutura e a cobertura metálica, e não as obras civis;

- a lista de serviços definida na Lei Complementar n.º 56/87 não considera como serviços a confecção e montagem de Estrutura Metálica, pois esta atividade é industrialização e sofre a incidência do ICMS;

- as notas fiscais de compra de matéria-prima anteriores à autuação foram entregues no endereço da Autuada e somente após a lavratura do TADO é que passou a constar das mesmas a observação: local de entrega – Av. Ipiranga 500, Itabira, e foram emitidas as notas fiscais para acobertamento;

- no momento da ocorrência dos procedimentos acima descritos os serviços já estavam concluídos;

- diante do contrato celebrado pela Impugnante e sua contratante está correta a incidência do ICMS.

Ao final requer a manutenção integral do feito fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 84/88, opina, em preliminar pela exclusão do pólo passivo das Coobrigadas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de não ter recolhido o ICMS devido no fornecimento de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal para Ativa – Associação dos Técnicos Industriais do Vale, conforme contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.

Inicialmente cumpre tecer alguns comentários acerca da inclusão como Coobrigadas das pessoas jurídicas Ativa – Associação dos Técnicos Industriais do Vale e Obrafer Estruturas e Coberturas, no presente Processo Tributário Administrativo.

No tocante à responsabilidade das pessoas referidas no parágrafo anterior, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 124 assim disciplina:

“Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas em lei;

.....”

Observamos, portanto, que as pessoas retrocitadas não podem ser consideradas responsáveis solidárias com fulcro no supracitado inciso I. Neste sentido temos a doutrina do Mestre Paulo de Barros Carvalho:

“(...) o interesse comum dos participante no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inciso I do artigo 124 do Código. Vale, sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação.”

Na hipótese dos autos uma das Coobrigadas era a contratante do serviço e a outra forneceu mão de obra para a prestação de serviços por parte da Impugnante, o que demonstra que não se encontravam no mesmo pólo da relação ao qual a lei impôs o impacto jurídico da exação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já a solidariedade prevista no retrotranscrito inciso II é a solidariedade legal, a qual depende da existência de uma lei atribuindo a determinada pessoa a responsabilidade solidária por uma certa obrigação tributária.

Insta ainda salientar que as pessoas jurídicas acima referidas, apesar de incluídas indevidamente como Coobrigadas no pólo passivo da obrigação tributária, não foram intimadas da lavratura do Auto de Infração.

Da análise dos documentos de fls. 06/11 percebemos que foi celebrado um contrato de prestação de serviços entre a Impugnante (Engequadra Construções Esportivas Ltda.) e Ativa – Associação dos Técnicos Industriais do Vale, e que a obra decorrente do mesmo foi registrada corretamente no CREA.

Como já salientado, este contrato visa a realização de serviços de construção civil, por empreitada, e segundo a Impugnante este serviço está sujeito à incidência do ISS. O objeto deste contrato consiste na construção de um ginásio poliesportivo com a execução de cobertura metálica, piso concreto resinado da quadra poliesportiva e quadra de peteca, iluminação, equipamentos esportivos, guarda corpo no clube da Ativa em Itabira/MG.

Enquanto a Impugnante alega estar a sua operação sujeita à incidência do ISS, a fiscalização considerou, contudo, que na hipótese dos autos incide na realidade o ICMS, o qual é devido ao Estado de Minas Gerais. Tendo em vista esta divergência de entendimentos deparamo-nos com o chamado Conflito de Competência ISS/ICMS.

O Decreto-lei n.º 406/68, traz em seu anexo uma lista na qual constam os serviços que constituirão fato gerador do ISS – Imposto sobre Serviços e em seu item 32 temos a seguinte previsão:

“Lista de Serviços

Serviços de:

.....

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 ICM).

.....”

Sérgio Pinto Martins em seu livro Manual do Imposto sobre Serviços ensina que *“construção por empreitada ocorre quando há edificação por preço fixo ou a preço reajustável por índices previamente determinados. (...) O que interessa, no caso, é o resultado, ou seja, a obra terminada, e não o trabalho. O empreiteiro assume os riscos e a responsabilidade pela obra. Atua de maneira autônoma, assumindo os riscos*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de sua atividade, não tendo qualquer subordinação com o contratante dos serviços. Pouco importa se a empreitada seja de trabalho ou de material: o que interessa é que a execução da obra é considerada serviço, e não venda de material, estando sujeita ao ISS.”

Relativamente ao previsto no item 32 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68 temos que o mesmo determina que o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço, fora do local da prestação dos serviços fica sujeito ao ICMS. No entanto, como bem salienta o ilustre doutrinador Sérgio P. Martins “*o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, está sujeito ao ICMS, pois nesse caso é considerado como mercadoria. Se a mercadoria é, porém, empregada na obra, no próprio local dela, há a incidência do ISS, pois se trata de serviço.*”

No caso em exame temos que as mercadorias foram empregadas na obra no próprio local da sua realização e portanto temos a incidência do ISS e não do ICMS. Não é possível aduzir que o fornecimento das mercadorias utilizadas na prestação de serviço não está compreendida na competência tributária do Município tendo em vista que foram estas, como já mencionamos, empregues na obra, no próprio local dela.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, cancelando-se as exigências fiscais. Os Conselheiros José Luiz Ricardo, José Eymard Costa (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida fundamentaram seus votos no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional. Participaram do julgamento, os supramencionados e os signatários.

Sala das Sessões, 22/08/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

MLR/br