

Acórdão: 14.662/01/2^a
Impugnação: 40.010103316-71- 40.010105004-72
Impugnante: Engenharia Mecânica e Estruturas Metálicas S/A-EMEM
Proc.do Suj. Passivo: Júnia Roberta Gouveia Sampaio/Outros
PTA/AI: 01.000135856-21 - 01.000138604-35
Inscrição Estadual: 180.580656.00-93(Autuada)
Origem: AF/ Conselheiro Lafaiete
Rito: Ordinário

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ICMS/ISSQN. Prestação de serviço de instalação e montagem de estruturas metálicas. Imputação fiscal de fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendida na competência tributária dos municípios. No entanto, conforme a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/91, no fornecimento de estruturas metálicas, produzidas fora do local da obra, para emprego naquela, mediante contrato de empreitada, o ICMS incide apenas sobre a operação de que decorra o fornecimento da mercadoria, não alcançando os serviços relacionados com sua colocação ou montagem na obra, no local de sua execução. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamentos improcedentes. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre a constatação de que o contribuinte, quando da comercialização de venda, instalação e montagem de ETA (tratamento de água e esgoto), emite notas fiscais de prestação de serviço tributados pelo ISSQN sobre o valor da instalação e montagem dos equipamentos (ETA).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações constantes dos autos, contra as quais o Fisco se manifesta pedindo a aprovação integral dos feitos.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl.453) do PTA n° 01.000135856-21, o mesmo não foi agravado.

Determinado o Despacho Interlocutório à fl. 456, do mesmo PTA, o mesmo foi atendido às fls. 458 a 761. O Fisco se manifesta a respeito (fls. 764 a 765).

A Auditoria Fiscal, em pareceres constantes dos autos, opina pela improcedência dos lançamentos.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Em preliminar, a Impugnante requer a nulidade dos Autos de Infração por ter o Fisco mencionado em seu relatório que a operação de venda se referia a Estação de Tratamento de Água e Esgoto, quando na verdade o contrato celebrado entre esta e a MBR S/A contempla o fornecimento de estruturas metálicas para implantação nas instalações de beneficiamento de minério.

Cabe observar que as autuações não se encontram fundamentadas apenas nos fatos geradores relacionados com o citado contrato, muito embora a maioria dos documentos arrolados se relacionem com este. Outros seis contratos fazem parte das peças fiscais, tendo cinco desses, como objeto, o fornecimento e instalação de ETA e ETE.

Aqui se analisa a procedência ou não do ato administrativo de lançamento do crédito tributário, sob o aspecto da legalidade, haja vista ser esta uma atividade vinculada. O artigo 142 do Código Tributário Nacional determina que no lançamento estarão definidos todos os aspectos do fato gerador verificado, como a matéria tributável, o montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e, sendo caso, a aplicação da penalidade cabível.

Como se denota do citado conceito legal, o primeiro passo para se aferir a legalidade do ato de concretização da lei tributária é a verificação da ocorrência da hipótese de incidência. E isto, no presente caso, foi feito. O Fisco detectou por meio de documentação, que a Autuada realizou a previsão legal que enseja a cobrança do tributo, capitulada no artigo 178, inciso II, do Anexo IX do RICMS/96 – a saída, de seu estabelecimento, de material de produção própria, produzido fora do local da prestação do serviço, inclusive de casas e edificações pré-fabricadas. Portanto a primeira etapa do lançamento foi plenamente concluída.

Quanto à matéria tributável, esta não se refere propriamente ao tipo de mercadoria, como quer fazer crer a Contribuinte. As matérias tributáveis pelo ICMS são as operações de circulação de mercadoria, e os serviços determinados na Constituição Federal. No presente lançamento trata-se de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços que o Fisco entendeu não estar compreendida na competência tributária dos Municípios.

Por conseguinte, a descrição do fato que motivou a lavratura dos Autos de Infração encontra-se clara e precisa nos relatórios, sendo improcedente a alegação de ter havido erro na descrição fática embasadora das autuações.

Cabe ressaltar, por fim, conforme dispõe o artigo 60 da CLTA/MG, que as incorreções da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem, como no caso, elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

DO MÉRITO

As presentes peças fiscais tem por objeto a exigência do ICMS e respectiva Multa de Revalidação, com base no artigo 56, inciso II da Lei 6.763/75, e da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II do mesmo diploma legal, por entender o Fisco que deveria compor a base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento dos equipamentos, o valor das prestações de serviço de instalação e montagem dos mesmos.

A Contribuinte é indústria, além de executar montagens industriais e obras de engenharia. As notas fiscais que suscitaram as autuações fiscais referem-se a serviços de execução de obras civis, de instalação e operação de Estação de Tratamento de Água e Esgoto e implantação de estruturas metálicas em plantas de beneficiamento de minério. Conforme os contratos anexados aos autos, a Autuada foi a responsável, dentre outras coisas, pela elaboração dos projetos, fabricação, fornecimento, montagem e instalação desses equipamentos

A industrialização das estruturas pré-fabricadas em aço é realizada pela Impugnante em sua unidade fabril localizada no município de Congonhas, e corresponde a uma primeira etapa na instalação dos equipamentos, que demanda ainda a uma série de serviços considerados como sendo de construção civil e assemelhados, citados a pouco.

Como se nota, trata-se de fornecimento de mercadoria de fabricação própria da Impugnante, com prestação de serviço para instalação dos equipamentos, ou seja, duas hipóteses distintas de incidência tributária.

A Constituição prevê que incidirá o ICMS sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios. Consoante a prescrição constitucional, e também à sua legislação complementar, a legislação estadual exclui da incidência do ICMS as ocorrências que constituem fatos geradores do imposto sobre serviços, de competência municipal.

A Impugnante afirma que não houve ofensa ao artigo 178, inciso II, Anexo IX do RICMS/96, pois as operações com seus produtos de fabricação própria foram oferecidas à tributação do ICMS. Cabe ressaltar que as operações com os equipamentos não correspondem à matéria tributável da presente peça fiscal, mas sim a parcela referente a prestação de serviço que não compôs a base de cálculo daquelas operações.

A legislação complementar que aqui se refere trata-se da Lei Complementar 56/87, cujo item 32 da Lista de Serviços dela integrante confere a este último ente tributante a instituição de imposto sobre a prestação de serviço relacionado com a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obra de construção civil ou hidráulica, e com a respectiva engenharia consultiva, além dos serviços auxiliares ou complementares.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, fica ressalvado que o fornecimento de mercadoria produzida pelo prestador fora do local da obra constitui operação sujeita a incidência do imposto cuja competência é do Estado.

Os contratos firmados entre a Autuada e seus clientes, constantes nos autos, especificam seus objetos, dentre os quais aqui se destaca o fornecimento de equipamentos com a prestação de serviço de montagem, o que os caracteriza como contratos de empreitada. Fica latente também, da análise dos documentos anexados aos autos, que o fornecimento completo dos equipamentos demanda obras auxiliares, sejam de engenharia ou hidráulicas.

O fornecimento das mercadorias foi oferecido à tributação do ICMS, mas no entanto, como mencionado, é no caso irrelevante, já que o que se exige é o valor dos serviços. Assim, não se confirma, numa análise criteriosa dos autos, a infringência ao disposto no artigo 178, inciso II, Anexo IX, do RICMS/96.

Quanto a inclusão da prestação de serviço de montagem na base de cálculo do imposto, conforme previsto no artigo 44, inciso XX, o mesmo não procede, pois trata-se, como visto, de prestação de serviço compreendida na Lista de Serviços.

Tais conclusões encontram simetria também na Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/91, que esclarece sobre incidência do ICMS no fornecimento das mercadorias produzidas pelo prestador de serviço fora da obra, e a não incidência do ICMS relativamente à montagem das estruturas no local da obra.

“I - No fornecimento de estruturas metálicas, produzidas pela empresa de construção civil fora do local da obra, para emprego naquela, que executa mediante contrato de administração, empreitada ou subempreitada, o ICMS incide apenas sobre a operação de que decorra o fornecimento da mercadoria, não alcançando os serviços relacionados com sua colocação ou montagem na obra, no local de sua execução.

II - A base de cálculo do imposto é o valor da mercadoria fornecida, nele não se computando o preço cobrado para sua montagem ou colocação na obra, no local de sua execução.” (g. n.)

Com se pode depreender, a prestação de serviço, *in caso*, se sujeita apenas à tributação municipal, pois atende aos seguintes preceitos: a atividade de execução ocorre em cumprimento de obrigação oriunda de contrato de empreitada ou subempreitada; e a execução implica em fornecimento de material produzido pela Impugnante fora do local da obra.

Irrelevante o fato da Contribuinte estar ou não enquadrada como empresa de construção civil, haja vista que a verdade material obtida da análise de todo o processo comprova a natureza dos serviços por ela prestados, sendo coerente com a fundamentação que exclui da incidência tributária do ICMS tal fato gerador. Além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disso, a citada I. N. DLT/SRE n.º 02/91 considera obra de construção civil a execução, no canteiro de obras, de estruturas em geral.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as arguições de nulidade dos Autos de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedentes os Lançamentos, cancelando-se as exigências fiscais, nos termos dos pareceres da Auditoria Fiscal. Vencidos, em parte, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora) e o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que os julgavam parcialmente procedentes para manter tão somente as exigências fiscais relativas às Notas Fiscais referentes à instalação e montagem das Estações de Tratamento de Água e/ou Esgoto - ETA/ETE (a título de exemplo, foram citadas as Notas Fiscais de nº 705 e 716, carreadas, respectivamente, às fls. 38 e 66 no processo com registro 01.000138604.35, e de nº 418, 422 e 514, constantes do processo 01.000135856-21, às fls. 12/14. Decisão sujeita ao disposto no art. 139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Júnia Roberta Gouveia Sampaio e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participou também do julgamento, a Conselheira Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 28/11/01.

Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator

WLS/EJ/RC