

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.485/11/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168297-92
Impugnação: 40.010128865-48
Impugnante: PRECASA Ltda
IE: 578828155.00-43
Proc. S. Passivo: Ronaldo Abel da Silva/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – Constatado que a Autuada deixou de recolher ICMS, visto que promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante documentos extrafiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I e VII, do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL DE SIMPLES FATURAMENTO/REMESSA – Constatado que a Autuada deixou de recolher ICMS, visto que promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto entre notas fiscais de simples faturamento e de efetiva remessa. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante conferência de livros, documentos fiscais e extrafiscais apreendidos através do Termo de Apreensão e Depósito - TAD nº 038505 (fls. 7), de 08/01/10, do cometimento das seguintes irregularidades por parte da Autuada:

- deixar de recolher ICMS no valor original de R\$ 300.999,16 (trezentos mil, novecentos e noventa e nove reais e dezesseis centavos), em razão de ter promovido, no período de janeiro a dezembro de 2005, saídas de mercadorias (Kits de casas pré-fabricadas e complementos de materiais) desacobertas de documentos fiscais, apuradas através de pedidos e contratos de compra e venda relacionados no anexo 1 e 2 do PTA. Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75;

- deixar de recolher ICMS no valor original de R\$ 62.680,62 (sessenta e dois mil seiscientos e oitenta reais e sessenta e dois centavos), em razão de ter promovido,

no período de 3 de janeiro a 31 de dezembro de 2005, saídas de mercadorias (Kits de casas pré-fabricadas e complementos de materiais) desacobertas de documentos fiscais, apuradas pelo confronto de notas fiscais de simples faturamento (para entrega futura) sem destaque do imposto e das respectivas notas fiscais emitidas quando da remessa das mercadorias, conforme Anexo 3 do PTA. Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 561/572.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 760/766, refuta a maior parte das alegações da defesa, e reformula o crédito tributário conforme fls. 769/777.

Assim, é reaberto prazo à Autuada (fl.778), a qual adita a impugnação anterior, conforme fls. 781/793.

Após isso, novamente o Fisco refuta a maior parte das alegações da Autuada (804/805), e reformula o crédito tributário conforme fls. 808/814.

Dessa forma, é novamente aberto prazo à Autuada, a qual toma conhecimento, mas não se manifesta, conforme fls. 815, 817, 818/820.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG determina a realização de diligência às fls. 822/823, a qual resulta na manifestação do Fisco às fls. 824/825 e juntada de documentos às fls. 826/833.

Assim, novamente a Autuada se manifesta, agora às fls. 836/840.

Finalmente, o Fisco se manifesta às fls.843/844, junta documentos às fls. 845/929, e concede vista à Autuada, conforme fls. 932/933 do PTA, que não se manifesta.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram parcialmente utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, naquilo que não conflitar com a presente decisão.

Da Preliminar

A Autuada alega que procedeu à denúncia espontânea após a apreensão dos documentos por parte do Fisco, recolhendo parcela do imposto exigido no presente Auto de Infração. Para tanto, junta aos autos o instrumento da denúncia espontânea às fls. 797/798.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do exame do documento trazido aos autos, verifica-se que a Impugnante promoveu uma denúncia genérica, sem especificação da irregularidade que deu causa ao recolhimento a menor do imposto.

Ressalte-se que o instrumento da denúncia espontânea é uma faculdade dada ao contribuinte para que se antecipe à ação fiscal, nos termos do art. 207 do Decreto nº 44.747/08 (RPTA), quando do cometimento de uma irregularidade, sendo, portanto, de sua responsabilidade especificar o objeto da denúncia espontânea, de modo a possibilitar ao Fisco que verifique se a irregularidade constatada no bojo de uma ação fiscal já fora anteriormente denunciada.

Desse modo, não há como abater do crédito tributário lançado os valores recolhidos por ocasião da apresentação da denúncia de fls. 797/798, dada a impossibilidade de vinculação de seu objeto com a irregularidade apontada pelo Fisco no presente lançamento, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar arguida.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação, mediante conferência de livros, documentos fiscais e extrafiscais apreendidos através do TAD nº 038505, de 08/01/10, da falta de recolhimento de ICMS, em razão da saída de mercadorias (Kits de casas pré-fabricadas e complementos de materiais) desacobertada de documento fiscal.

A documentação probatória relativa ao Anexo 1 (fls. 34/36 e fls. 46/296) refere-se às saídas desacobertadas, apuradas mediante o cotejo entre pedidos, contratos de compra e venda e notas fiscais.

No Anexo 2 (fls. 37/39 e 298/506), tem-se o cotejo entre os contratos de compra e venda e as notas fiscais.

Já no Anexo 3 (fls. 40/41 e fls. 507/528), a comparação se dá pelas notas fiscais de simples faturamento e as notas fiscais de remessa.

Da incidência do ICMS

A Autuada alega, inicialmente, que tem como objeto social a construção civil com industrialização de pré-moldados de madeira, e de que, portanto, suas operações não se sujeitariam ao imposto estadual.

Afirma, ainda, que a operação real é de contrato para construção de pré-moldados a serem utilizados e incorporados na obra contratada por preço global e certo.

A atividade principal da Autuada é a fabricação de casas e edificações pré-fabricadas de madeira em seu estabelecimento industrial em Santa Luzia-MG, conforme fls. 585, 586 e 590, além de fornecimento a seus clientes de materiais adicionais para as instalações de alvenaria, hidráulica, elétrica e acabamentos, como constam de vários contratos e seus adendos/aditivos, bem como admitido pela própria Autuada.

Os kits para a montagem de casas e edificações são produzidos nas instalações industriais da Autuada e, posteriormente, remetidos aos adquirentes, conforme contratos e seus adendos/aditivos, de fls. 46/506.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fornecimento de mercadorias com prestação de serviço se submete a incidência do imposto estadual, nos termos do art. 2º, V, da Lei Complementar nº. 87/96, nos seguintes termos:

Art. 2º - O imposto incide sobre:

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

O item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 prevê, como exceção, no caso de execução de obra de construção civil, que o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços fica sujeito ao ICMS, nos seguintes termos:

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (**exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS**). (grifou-se).

A incidência ora tratada também consta do art. 5º, § 1º, item 2, alínea “b” da Lei Estadual nº 6.763/75:

Art. 5º - O Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

2) o fornecimento de mercadorias com prestação de serviço:

(...)

b - compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar;

O imposto incide no momento da saída de material de produção própria, produzido fora do local da prestação do serviço, conforme art. 176, II do Anexo IX do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

II - 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;

Cabe salientar, que, conforme apontado pelo Fisco (fls. 765 e 844), apesar de a Autuada insistir na alegação de que inexistente fato gerador de ICMS, esta reconhece a sua incidência nas operações por ela efetuadas, na medida em que, em algumas operações destaca, registra nos livros próprios, apura e recolhe o ICMS, conforme documentos acostados aos autos, inclusive os de fls. 845/929.

Da Base de Cálculo do Imposto

A Autuada alega que os valores para base de cálculo a serem considerados deve ser o valor dos produtos e não do contrato total, já que no mesmo constam valores referentes a execução de projeto, sobre o qual incidiria o ISS.

Inicialmente, observa-se que a discussão acerca do exato valor a ser considerado como base de cálculo diz respeito apenas à documentação probatória dos Anexos 1 e 2 do PTA.

Nesse caso, o Fisco compara pedidos de venda, contratos de compra e venda e notas fiscais de saída, diferentemente da documentação probatória do Anexo 3, onde a comparação é exclusiva entre as notas fiscais de simples faturamento e as notas fiscais de remessa.

Passa-se à análise por anexo:

Documentação probatória relativa ao Anexo 1 (fls. 46/296):

Para aferir a base de cálculo, o Fisco utilizou os pedidos e contratos de compra e venda, em conjunto. Saliente-se que, no caso dos autos, os contratos afiguram-se como instrumentos de conclusão dos pedidos de compra, dada a equivalência dos valores consignados em ambos os documentos.

Da análise da documentação acostada aos autos, verifica-se que nos pedidos (propostas de compra) há no campo “valor de compra” as seguintes rubricas, seguidas de seu respectivo preço:

- a) Kit;
- b) Montagem;
- c) Assessoramento;
- d) Frete;
- e) Outros;
- f) Valor total.

Ao se comparar os valores apresentados nos pedidos com aqueles relacionados nos contratos de compra e venda, verifica-se que o preço do kit fabricado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Autuada consignado nos pedidos equivale, com pequenas diferenças em alguns casos, ao somatório dos valores constantes dos contratos de compra e venda, a título de:

- a) Kit;
- b) Execução de Projeto Técnico de Montagem;
- c) Execução de Projeto Elétrico;
- d) Execução de Projeto Hidro-sanitário.

Desse modo, correto o procedimento do Fisco em considerar o preço do produto constante dos pedidos, em razão da comprovação de que o valor dos kits segregado em diversas rubricas nos contratos de compra e venda visava retirar da tributação do imposto estadual grande parcela do valor do produto fabricado pela Impugnante.

Tal conclusão se alicerça, ainda, na existência de contratos específicos de prestação de serviços e assessoramento, conforme menção nos contratos de compra e venda (preponderantemente na cláusula quinta) e na especificação, nos pedidos, de preços em separado relativos à montagem e assessoramento, valores esses que não foram incluídos na base de cálculo do ICMS.

Ademais, o Fisco informa às fls. 843 que, apesar de regularmente intimada por meio do AIAF número 10.100000967.65 (fls. 22), a Autuada não apresentou uma única nota fiscal de serviço emitida relativamente às supostas prestações de serviço.

Saliente-se que ainda que se tome em consideração apenas os contratos de compra e venda, desprezando-se a relevante prova (pedidos de compra) apreendida e juntada aos autos pelo Fisco, a incidência do imposto municipal (ISS) tem amparo apenas na **elaboração** de projetos de engenharia e não na sua **execução**, como é o caso das rubricas mencionadas nos referidos contratos, conforme item 7.03 da lista anexa à Lei Complementar 116/03:

7.03 - **Elaboração** de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; **elaboração** de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia.

Tal diferenciação se funda no fato de que a execução de projetos de engenharia confunde-se, a depender de seu objeto, com o próprio processo de industrialização, como é o caso da produção de edificação pré-fabricada, em que a execução de projetos de montagem, elétrico e hidráulico insere-se no processo de sua industrialização no estabelecimento do contribuinte, se submetendo, portanto, à incidência do ICMS.

Ressalte-se, uma vez mais, que há contratos específicos de montagem e assessoramento (prestação de serviço), do que se depreende que estes se referem às atividades exercidas no local da obra, e cujos valores não foram incluídos pelo Fisco, corretamente, na base de cálculo do imposto.

Portanto, dada a documentação carreada aos autos, entende-se correta a base de cálculo arbitrada pelo Fisco no tocante às exigências elencadas no Anexo 1.

Documentação probatória relativa ao Anexo 2 (fls. 298/506):

Para aferição da base de cálculo nas operações em que havia apenas os contratos, o Fisco utilizou a tabela de preços da própria Autuada para definição do valor do produto, tomando como referência as informações específicas de cada contrato, legitimando, assim, o arbitramento realizado.

Documentação probatória relativa ao Anexo 3 (fls. 507/529):

Conforme informado às fls. 825 pelo Fisco, considerou-se a própria documentação fiscal da Impugnante para definição da base de cálculo, tomando-se corretamente a diferença entre as respectivas notas fiscais de simples faturamento e as de efetiva remessa.

Das Reformulações do Crédito Tributário

Ao longo do contencioso administrativo, o Fisco realizou reformulações do crédito tributário que contemplaram algumas das alegações pontuais da Impugnante.

Entretanto, uma das razões apresentadas pela Autuada não foi acatada pelo Fisco, a que se refere ao acolhimento das notas fiscais de fls. 598/600, relacionadas com a documentação de fls. 433/443.

Segundo o Fisco, as notas fiscais juntadas foram emitidas em nome de pessoa distinta do signatário do contrato, e a Impugnante, por sua vez, alegou que as notas fiscais foram emitidas em nome do cônjuge, mas com o mesmo endereço do local da obra.

Da análise da documentação, resta clara a remessa das mercadorias para o local da obra apontado no contrato juntado aos autos, sendo emitidas as notas fiscais em nome de pessoa com mesmo sobrenome do signatário do contrato.

Por se tratar de adquirente não contribuinte do imposto, tal erro na emissão do documento fiscal é apenas formal, não ensejando a desclassificação das notas fiscais apresentadas e que acobertaram a remessa de produtos para o local da obra consignado no contrato, nos termos do art. 149 do RICMS/02.

Desse modo, deve-se excluir das exigências relacionadas no Anexo 2 dos autos, os valores do imposto destacados nas notas fiscais nº 3152, 3156 e 3164 (fls. 598/600).

Da Aplicação das Multas

No que se refere à alegação da Autuada de que a multa isolada aplicada aos créditos tributários dos Anexos 1 e 2 deve ser de 20% (vinte por cento), pois ambos se enquadrariam na hipótese do art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, ressalte-se que a aplicação da multa isolada no percentual de 40% (quarenta por cento), nos termos do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, se baseia no fato de que os valores apurados nos Anexos 1 e 2 tratam-se de vendas e entregas desacobertadas de documentação fiscal apuradas por meio de documentos extra fiscais, e não em documentos da escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Quanto ao limitador da multa isolada previsto art. 55, § 2º da Lei nº 6.763/75, embora indicado às fls. 32 do PTA, ressalte-se que este é apenas mencionado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

haja vista que, conforme fls. 811 e 827/828, as multas isoladas aplicadas não excedem seus limites.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pelo Fisco às fls. 760/777, 804/814 e 824/832, e para excluir das exigências do Anexo II, a que se refere à Relação de Anexos de fls. 33, os valores consignados nas Notas Fiscais nº 3152, 3156 e 3164 (fls. 598/600). Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que ainda ajustava a base de cálculo referente à documentação probatória do Anexo I. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alberto Ursini Nascimento (Revisor) e Raimundo Francisco da Silva.

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.485/11/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168297-92
Impugnação: 40.010128865-48
Impugnante: PRECASA Ltda
IE: 578828155.00-43
Proc. S. Passivo: Ronaldo Abel da Silva/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação sob análise da Câmara versa sobre a imputação fiscal de falta e recolhimento de ICMS, dada a saída de mercadorias (Kits de casas pré-fabricadas e complementos de materiais) desacobertada de documento fiscal.

O Fisco chegou a tal imputação a partir da conferência de livros, documentos fiscais e extrafiscais apreendidos através do TAD nº 038505, de 08 de janeiro de 2010.

A documentação probatória relativa ao Anexo 1 refere-se às saídas desacobertas, apuradas mediante o cotejo entre pedidos, contratos de compra e venda e notas fiscais e foi especialmente analisada por este voto minoritário.

O Anexo 2 do Auto de Infração apresenta o cotejo entre os contratos de compra e venda e as notas fiscais.

Já no Anexo 3 encontra-se a comparação entre as notas fiscais de simples faturamento e as notas fiscais de remessa.

No que se refere à alegação da Impugnante de que as multas isoladas aplicadas aos créditos tributários dos Anexos 1 e 2 deveriam ser de 20% (vinte por cento), pois ambos se enquadram na hipótese do art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75, cumpre ressaltar que a aplicação da multa isolada no percentual de 40% (quarenta por cento), nos termos do art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, ocorre devido ao fato de que, os valores apurados nos Anexos 1 e 2, tratam-se de vendas e entregas desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais. Assim, os valores não foram apurados na escrita fiscal e contábil da Impugnante, mas foram fruto de trabalho realizado pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na a par da escrita comercial ou fiscal.

Quanto ao limitador da multa isolada previsto art. 55, § 2º da Lei n.º 6.763/75, embora indicado à fl. 32, ressalte-se que este é apenas mencionado, haja vista

que, conforme fls. 811 e 827/828, as multas isoladas aplicadas não excedem seus limites.

A Impugnante alega também que os valores para base de cálculo a serem considerados devem ser o valor dos produtos e não do contrato total, já que no mesmo constam valores, tais como, o projeto, e de execução de projeto (que é devido o ISS), como especificados em planilhas anteriores, que não estão sendo observados.

O Fisco informa à fl. 843 que ratifica suas manifestações às fls. 760/766 e 804/805, que reitera que apesar de regularmente intimada a através do AIAF n.º 10.100000967.65 (fl. 22), a Defendente não apresenta quando da impugnação e suas complementações, uma única nota fiscal de serviços emitida relativamente às operações de vendas contratadas.

Afirma também que, portanto, não há que se retificarem os valores da base de cálculo considerada na autuação.

Inicialmente, observa-se que a discussão acerca do exato valor a ser considerado como base de cálculo diz respeito apenas à documentação probatória dos Anexos 1 e 2, onde para apontar o valor, o Fisco compara pedidos de venda, contratos de compra e venda e notas fiscais de saída, diferentemente da documentação probatória do Anexo 3, onde a comparação é exclusiva entre as notas fiscais de simples faturamento e as notas fiscais de remessa.

Em relação à documentação probatória relativa ao Anexo 1 (fls. 46/296) reside a distinção deste voto e a decisão majoritária.

Para aferir a base de cálculo o Fisco utiliza-se de pedidos e contratos de compra e venda.

Com relação aos pedidos, é importante destacar que estes são, na verdade, propostas de compra, feitas pelos possíveis futuros compradores (proponentes), à Impugnante.

Posteriormente, caso a venda se concretize, realiza-se o contrato de compra e venda e, em alguns casos, aditivos, a exemplo dos documentos às fls. 80/85.

Dessa forma, nos casos em que há o pedido, assim como o contrato de compra e venda, que materializa efetivamente a realização do negócio, deve prevalecer a exigência.

Cabe frisar que à fl. 822, expressamente, pede-se ao Fisco que, estando inclusos na base de cálculo do ICMS, os valores de “*execução de projeto técnico de montagem*”, “*execução de projeto elétrico*” e “*execução de projeto hidro sanitário*”, informar o fundamento legal.

Com isso, o Fisco informa à fl. 824 que, com relação às fls. 48 e 227/229, o próprio contrato já especifica e valora as mercadorias objeto da venda, e, relativamente aos contratos às fls. 93/96, 145/147, 174/177, a própria Defendente especifica, em manuscrito, o valor do kit no corpo do contrato.

Conforme comandos do at. 5º, § 1º, item 2, a e b da Lei n.º 6.763/75, a incidência do ICMS se dá no fornecimento de mercadoria com prestação de serviço,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desde que a competência tributária não seja dos municípios, ou o sendo, conste expressamente a incidência do ICMS, *in verbis*:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º- O imposto incide sobre:

1) a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

2) o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço:

a - não compreendido na competência tributária dos Municípios;

b - compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar;

Conforme item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar n.º 116/03, no caso da construção civil, a montagem não consta da exceção, a saber:

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). (grifos não constam do original)

Vê-se que, a legislação do ICMS também caminha no mesmo sentido, como por exemplo, os casos de fornecimento de estruturas metálicas, produzidas pela empresa de construção civil fora do local da obra, quando o imposto estadual não incide sobre a montagem, conforme Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02, de 07 de março de 1991, *in verbis*:

INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE n.º 02, de 07 de março de 1991

Construção Civil - Estruturas Metálicas - Incidência do ICMS no fornecimento das mercadorias produzidas pelo prestador de serviço fora da obra - Não incidência do ICMS relativamente à montagem das estruturas no local da obra.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

.....

Com relação aos projetos elétricos e hidro sanitários, entende-se que a competência é municipal, conforme item 7.03 da lista anexa à Lei Complementar 116/03:

7.03 - Elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia.

Portanto, dada a documentação carreada aos autos, entende-se necessário excluir da base de cálculo do imposto, os valores de “execução de projeto técnico de montagem”, “execução de projeto elétrico” e “execução de projeto hidro sanitário”, arrolados nos contratos de compra e venda.

No que se refere à alegação da Impugnante de que tem como objeto social a construção civil com industrialização de pré-moldados de madeira, de que ao emitir documento fiscal de operação não se sujeita ao imposto, de que colocava como natureza da operação “Simples Remessa”, e, por conseguinte, destacava o imposto na nota fiscal de forma indevida, de que a operação real é de contrato para construção de pré-moldados a serem utilizados e incorporados na obra contratada por preço global e certo, e de que, na inexistência de fato gerador, inexistente de obrigação tributária, ressalte-se que, no entanto, conforme informado pelo Fisco à fl. 762, a atividade da Defendente é de fabricação de casas e edificações pré-fabricadas de madeira em seu estabelecimento industrial em Santa Luzia-MG e de fornecimento a seus clientes, inclusive de materiais adicionais para as instalações de alvenaria, hidráulica, elétrica e acabamentos, como constam de vários contratos e seus adendos/aditivos, bem como admitido pela própria Impugnante e não de serviço de construção civil efetivados no canteiro de obras do contratante.

Dentre as atividades integrantes do objeto social da Impugnante está a fabricação e comercialização de kits (módulos) e casas pré-fabricadas de madeira e de alvenaria.

Os kits para a montagem de casas e edificações são produzidos nas instalações industriais da Impugnante e, posteriormente, remetidos aos adquirentes, conforme contratos e seus adendos/aditivos, constantes dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 prevê, como exceção, no caso de execução de obra de construção civil, que o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS, nos seguintes termos:

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Cabe salientar, que conforme apontado pelo Fisco (fls. 765 e 844), apesar da Impugnante insistir na alegação de que inexistente fato gerador de ICMS, esta reconhece a tributação do ICMS nas operações por ela efetuadas, onde destaca o imposto, registra nos livros próprios, apura e paga o ICMS, conforme documentos acostados autos, inclusive fls. 845/929.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além das exclusões procedidas pela decisão majoritária, ajustar a base de cálculo referente à documentação probatória do Anexo I

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**