

Acórdão: 13.849/99/3^a
Impugnação: 53.568
Impugnante: Acliterm-Instalações Térmicas Ltda.
Advogado: Aauto Cirino de Moura/outra
PTA/AI: 01.000103700-03
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Conflito de Competência - ICMS/ISSQN - Ar Condicionado – Fornecimento e instalação de equipamentos de ar condicionado, com emissão de Nota Fiscal de Prestação de Serviço e sem o recolhimento do ICMS. Restou provado nos autos que o fornecimento dos equipamentos com prestação de serviço de instalação constitui fato gerador do ICMS, consoante o Art. 2.º, inciso IX, alínea “a” do RICMS/91. Infração caracterizada. Entretanto, exclui-se os valores referentes ao período de fevereiro a novembro de 1990, por ter decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, tendo em vista a sua extinção, por homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, c/c o art. 156, inciso VII, todos do CTN. Impugnação parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO em decorrência do Fornecimento e instalação de equipamentos de ar condicionado, com emissão de Nota Fiscal de Prestação de Serviços e sem o recolhimento do ICMS devido, conforme demonstrado nos quadros anexo ao Termo de Ocorrência. Crédito Tributário formalizado pelo Auto de Infração às fls. 854/855 do PTA supra.

Inconformada a autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 834/838, juntando os documentos acostados às fls. 839/1458, argumentando, em síntese:

- que os autuantes não observaram o prazo decadencial, autuando o exercício de 1990;

- que a impugnante é prestadora de serviço sujeita ao tributo municipal e que não é contribuinte de ICMS;

- que a atividade da impugnante insere-se no campo da engenharia elétrica e hidráulica, e como tal não se pode pretender cobrar ICMS sobre o valor total do serviço de instalação do sistema de ar condicionado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que não vende mercadorias, mas presta um serviço, no qual o fornecimento de mercadorias, é meio de implementar determinado fim;

E finalmente pede pela procedência da impugnação.

A DRCT/SRF/METROPOLITANA apresenta réplica às fls. 1462/1468, refutando as alegações da impugnante, no sentido de demonstrar a improcedência da impugnação, pelos fatos e fundamentos que a seguir se expõe, em síntese:

O trabalho fiscal foi levantado com base nas notas fiscais de prestação de serviços, anexas, onde a autuada discrimina, claramente, em cada uma delas o FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO E MONTAGEM dos sistemas de ar condicionado, caracterizando a operação de venda do equipamento com a conseqüente instalação.

Estão anexadas ao Termo de Ocorrência as provas de que a autuada fornece, monta e instala os sistemas de ar condicionado, através das notas fiscais e contratos, o que caracteriza a incidência do ICMS conforme Art. 60, VII do Dec. 32.535 de 18.02.91.

Finalmente se pronuncia pela manutenção integral do crédito tributário previsto no Auto de Infração.

A Auditoria Fiscal em seu trabalho às fls. 1472/1473, opina pela procedência parcial da impugnação.

DECISÃO

Entende a Impugnante que as exigências referentes ao período anterior a janeiro/91 são indevidas, ao argumento que ocorreu a prescrição.

A Impugnante refere-se equivocadamente à prescrição relativa à cobrança do crédito tributário, que não se aplica à sua constituição estatuída no art. 173 do mesmo Código.

Segundo o disposto no art. 173 - I - do CTN, o direito à constituição do crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso das operações ocorridas de fevereiro a novembro de 1.990, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 1.991, encerrando-se em 31 de dezembro de 1.995.

Com relação às operações ocorridas em dezembro de 1.990, a apuração e o pagamento do imposto poderiam ter sido efetuados em janeiro de 1.991, e, sendo assim, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 1.992 e encerrou-se em 31 de dezembro de 1.996.

O art. 58 da CLTA/MG estabelece que o crédito tributário será formalizado mediante o Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com o referido dispositivo é o Auto de Infração que constitui o lançamento, tanto que o crédito tributário somente poderá ser executado se a referida peça fiscal foi lavrada corretamente.

O Auto de Infração em comento foi lavrado em 22.08.96, do qual a Autuada foi regulamente intimada em 04.09.96, quando já havia expirado o prazo constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores que ocorreram até 30.11.90.

Sendo assim, entendemos que devam ser excluídas as exigências fiscais relativas aos meses de fevereiro a novembro de 1.990, por decurso do prazo decadencial.

Com relação as exigências referentes ao mês de dezembro/90, cuja apuração e pagamento poderiam ter sido efetuados até janeiro/91, entendemos que devem prevalecer, uma vez que o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, nesse caso, expiraria em 31.12.96, consoante o art. 173, inciso I do CTN.

Com relação aos TIAFs, salientamos que o de n.º 70646, emitido com o objetivo de substituir o original, ficou sem efeito, tendo em vista que o anterior, n.º 1098678 foi encontrado, conforme consta da informação de fl. 04.

Irregularidades 1 e 2

Saída de mercadoria mediante a Nota Fiscal, série C, n.º 000151, de 07.11.91, sem o respectivo registro em livro próprio e saída da mercadoria constante da Nota Fiscal, série C, n.º 001725, de 26.06.92, com o respectivo registro em livro próprio, sem o recolhimento do ICMS devido relativo a tais operações:

Tendo em vista que a Impugnante não contestou essas irregularidades, entendemos que devem ser consideradas corretas, uma vez que “o Auto de Infração goza de presunção de legitimidade, que poderá ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo” (art. 109 da CLTA/MG).

Irregularidade 3

Fornecimento e instalação de equipamento de ar condicionado com emissão de nota fiscal de prestação de serviço e sem o recolhimento do ICMS devido:

A fiscalização constatou que a Autuada promoveu o fornecimento e a instalação dos equipamentos de ar condicionado por meio das notas fiscais de prestação de serviço descritas nos demonstrativos de fls. 13/15, cujas cópia encontram-se anexadas aos autos.

Em analisando as referidas notas fiscais, verificamos que as operações, objeto da autuação, tratam-se de fornecimento de equipamentos isolados que compõem parte do sistema de ar condicionado, que, por amostragem, citamos dutos (fl. 16/19), ventiladores (fl. 21), cortina de ar (fl. 25), coifas (fl. 28), veneziana com tela (fl. 29), filtro em poliuretano (fl. 29), isolamento térmico (fl. 30), bem como do fornecimento e instalação do sistema de ar condicionado central, que, por exemplo, encontra-se descrito nas notas fiscais de fls. 44, 45, 72, 73,74, 162 e 164.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fornecimento dos equipamentos com a prestação de serviço de instalação é fato gerador do ICMS, consoante o art. 2º, inciso IX, alínea “a” do RICMS/91, vigente à época.

Tendo em vista que a prestação de serviço da instalação dos equipamentos não está compreendida na competência tributária dos municípios, por não se constar na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 56/87, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, compreendendo o valor da mercadoria e dos serviços prestados, nos termos do art. 60, inciso VII do RICMS/91.

Quanto ao fornecimento, montagem e instalação do sistema de ar condicionado central promovido pela Autuada, ressaltamos que, nos termos Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02, de 15.04.92, que estava em vigor à época da realização do trabalho fiscal, conforme cópia que ora anexamos aos autos, trata-se de operação tributada pelo ICMS.

Conforme orientação dada pela DLT mediante a citada Instrução, a montagem e a instalação de sistemas de ar condicionado central não caracterizam obra de construção civil, nem, tampouco, serviço auxiliar ou complementar da mesma e não se enquadram nas hipóteses previstas no item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 56, de 15.12.87.

A DLT/SRE acrescenta que para estarem enquadradas no item 74 da Lista de Serviços, a instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, prestados ao usuário final do serviço, devem ser prestados com material exclusivamente por este fornecido. E, caso o material seja fornecido pela prestadora do serviço, a montagem e instalação de sistemas de ar condicionado central não se enquadram em nenhum dos itens da mencionada Lista.

O item 1 da referida Instrução Normativa dispõe que “o ICMS incide sobre o fornecimento, montagem e instalação de sistemas de ar condicionado central, mediante empreitada ou subempreitada”.

Desse modo, entendemos que é devido o ICMS relativamente às operações de fornecimento, montagem e instalação do sistema de ar condicionado promovidas pela Autuada no período de 1.991 a 1.993, haja vista que relativamente ao exercício de 1.990, o direito da Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário já havia decaído, como ressaltamos na preliminar.

A Consulta 149/80 citada pela Impugnante foi reformulada em sua orientação com a publicação da Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/92, não devendo, assim, ser aplicada ao caso dos autos.

Quanto ao Acórdão n.º 10.408/93/2.^a apresentado pela Impugnante, doc. fls. 886/893, podemos observar que a decisão se pautou na Consulta n.º 149/80, tendo em vista que até a realização do trabalho esta não havia sido reformulada em sua orientação pela Instrução Normativa n.º 02/92, conforme consta da ementa do acórdão.

Portanto, não há se falar que, à época da realização das operações objeto da ação fiscal, o fornecimento e montagem do sistema de ar condicionado central era obra

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de construção civil, uma vez que quando da realização do trabalho, a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02, de 15.04.92 não havia sido revogada pela Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02, de 02.07.97.

Reputamos legítimas as exigências fiscais referentes às notas fiscais relacionadas às fls. 13/15, as quais encontram-se anexadas aos autos, que foram incorretamente emitidas como prestação de serviço.

O Fisco incluiu no levantamento apenas parte das notas fiscais de prestação de serviço, tendo em vista que nessas se constata o fornecimento de mercadorias, enquanto que nas outras não incluídas, a referência era apenas de serviço, conforme explica a fiscalização a fl. 1.467.

A Impugnante reclama que no levantamento não foram concedidos os créditos relativos à entrada das mercadorias. Entretanto, o trabalho se refere à exigência do ICMS relativamente à saída de mercadorias sem o pagamento do imposto devido. Se a Impugnante entende que ela tem direito aos créditos não registrados à época própria, ela deveria ter procedido nos termos do § 3º, itens 1 e 2 do art. 145 do RICMS/91 (§ 2º itens 1, 2 e 3 do art. 67 do RICMS/96).

Tendo em vista a proposição de exclusão das exigências relativamente ao período de fevereiro a novembro/90, apresentamos o novo crédito tributário (original), adequado à Lei n.º 12.729/97:

PERÍODO	ICMS (R\$)	MR (R\$)	TOTAL (R\$)
dez/90	0,38	0,19	0,57
1991	9,33	4,66	13,99
1992	30,63	15,31	45,94
1993	5,98	2,99	8,97
TOTAL	46,32	23,15	69,47

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, excluindo-se do crédito tributário os valores referentes ao período de fevereiro a novembro de 1990, em função de decadência. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Laerte Cândido de Oliveira e Adevaldo Antônio de Castro.

Sala das Sessões, 21/10/99.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

Fernando Vimieiro Pessoa
Relator