



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 24 / 2005
CONSELHO PLENO
SESSÃO DE: 28 / 04 / 2005
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/2441/96
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/206878
RECORRENTE: AR FRIO REFRIGERAÇÃO S/A
RECORRIDO: 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
RELATORA CONS: DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: ICMS – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE na forma estabelecida nos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei 12.732/97. A prestação de serviço de instalação de ar condicionado com o fornecimento de mercadorias, está sujeita a emissão de notas fiscais com o destaque do ICMS correspondente. Por maioria de votos, foi confirmada a decisão recorrida de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, considerando-se infringidos os art. 2º inc. VII alínea “a”, 120, inc. I, 126 inc. I e 761, todos do Dec. 21.219/91, com a aplicação da penalidade, inserta no art. 123, III, “b” da Lei 12.670/96.

RELATÓRIO:

Segundo a inicial, a empresa acima citada, no período de janeiro a outubro de 1995, realizou operações de vendas fornecendo mercadorias, no caso, ar condicionado e central de ar condicionado, no montante de R\$ 954.162,78 (novecentos e cinquenta e quatro mil, cento e sessenta e dois reais e setenta e oito centavos), emitindo apenas notas fiscais de serviços, quando deveria também emitir notas fiscais de vendas com destaque do ICMS, consoante legislação vigente e Parecer nº 63/96.

Foi citado como infringido o art. 2º alínea “b”, inciso VII do Dec. 21.219/91, sendo sugerida a penalidade inserta no art. 767, III, “b”, do mesmo diploma legal.

Complementam a inicial sua expressa ratificação, o termo de início e de conclusão de fiscalização, cópias das notas fiscais de serviços, cópia do demonstrativo dos valores a recolher e cópia do Parecer nº 63/96, emitido pelo Departamento de Fiscalização da Sefaz- DEFISE.

Defende-se a autuada, inicialmente apresentando-se como empresa que tem como atividade principal a execução por administração, empreitada ou subempreitada, de instalação de sistema de centrais de refrigeração, atividade considerada como obra auxiliar de construção civil, enquadrada no item 32 da Lista de Serviços do Decreto – Lei nº 406/68, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 56/87. Assim sendo, está sujeita ao imposto municipal sobre serviço de qualquer natureza (ISS), exceto em relação ao fornecimento de mercadorias por ela produzidas fora do local da obra, que fica sujeita ao ICMS. Salienta que todo material utilizado na execução dos serviços em referência são adquiridos de terceiros, fato que confirma a não exigência do ICMS relativamente à remessa para a obra, conforme orientação emanada pelo Parecer 173/78. Conclui afirmando ter agido obedecendo os arts. 595 a 601 do Dec. 21.219/91, acrescentando ainda que outro erro cometeu a fiscalização quando incluiu no montante do Auto de Infração, valores de Notas Fiscais de Serviços emitidas contra a TELEMIG – Telecomunicações de Minas Gerais S/A, sem atentar para o fato que a autuada apenas fez a instalação e que os equipamentos foram adquiridos pela própria TELEMIG diretamente do fabricante, conforme contratos que anexa. Requer a nulidade do Auto de Infração.

A 1ª Instância de Julgamento solicitou perícias, cujo laudo final indicou nova base de cálculo, no valor de R\$ 786.028,78 (setecentos e oitenta e seis mil, vinte e oito reais e setenta e oito centavos), ao excluir do montante os valores indevidamente considerados na inicial referente às operações realizadas com a TELEMIG S/A. Com base nesse novo valor, o julgador singular decidiu pela parcial procedência do feito.

No recurso voluntário a autuada considera que equivocada foi a decisão singular, que tangenciou a correta interpretação da realizada, inclusive, a norma invocada no Auto de Infração que supostamente lhe daria fundamento, na verdade refere-se a outra hipótese de incidência, ou seja quando as mercadorias são produzidas pelo prestado de serviço, enquanto na presente questão os bens utilizados pela recorrente foram adquiridos de terceiros. Reitera que presta serviço auxiliar da construção civil, estando sujeita apenas ao ISS. Referindo a perícia realizada, considera-a confusa e incompleta.



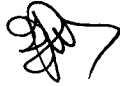
PROCESSO Nº 1/2441/1996
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/206878

Opina a Procuradoria Geral do Estado pela confirmação em parte do julgamento singular, tendo em vista que após as correções indicadas no parecer, constatou nova base de cálculo, inferior àquela apontada no julgamento monocrático.

Esta Câmara de julgamento, na anterior composição, solicitou nova perícia a qual apresentou nova base de cálculo.

Após serem rejeitadas nesta 2ª Instância de Julgamento, as preliminares de nulidade e extinção argüidas pela recorrente, esta Câmara, por unanimidade de votos, decidiu pela parcial procedência da autuação, nos termos do parecer tributário que foi referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

Dessa decisão foi interposto o recurso especial que se analisa, o qual foi admitido pelo Presidente do Conselho de Recursos Tributários, tendo em vista a presença dos pressupostos de admissibilidade.



VOTO DA RELATORA:

I- DO AUTO DE INFRAÇÃO

O presente processo é oriundo da acusação de que a empresa em questão, ao realizar atividade de prestação de serviços de instalação de sistema de centrais de refrigeração, emitiu apenas notas fiscais referentes ao serviço prestado, deixando de emitir notas fiscais com o correspondente destaque do ICMS, quando do fornecimento das mercadorias.

II- DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

De início, analisando-se o aspecto da admissibilidade do recurso especial impetrado, por sinal já admitido pela presidência do CONAT, entretanto posto em votação, nada a opor neste aspecto, uma vez que presentes estão todos os pressupostos legais para sua admissibilidade indicados nos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Lei 12.732/97.

III- DAS RAZÕES DO VOTO

O que se tem como questão a ser analisada refere-se ao inconformismo da atuada em relação à decisão prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento – Resolução n.º 399/2004, que diferentemente da 1ª Câmara, Resolução n.º 432/97, considerou ser devida a emissão de notas fiscais com o correspondente destaque do ICMS, nas operações de prestação de serviço de instalação de sistema de centrais de refrigeração, que tenha ocorrido o fornecimento de mercadorias.

Defende a recorrente que a atividade que realiza é serviço auxiliar de construção civil e nessa condição, quando utiliza mercadoria produzida por terceiro para servir de insumo, está sujeita apenas à incidência exclusiva do ISS, nos termos do art. 32 do Decreto-lei 406/68 e do próprio art. 2º inciso VII, “a”, da Dec. 21.219/91.

A hipótese que se cuida, não houve simplesmente a prestação de serviço de instalação de central de ar condicionado como quer fazer acreditar a recorrente, mas preponderantemente a comercialização dos equipamentos e dos materiais necessários à sua instalação, prática essa que se encontra tipificada no art. 2º, inciso VII, alínea “b”, do Dec. 21.219/91, segundo o qual ocorre o fato gerador do imposto nas saídas de estabelecimento de empreiteiros de construção civil, obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares, de mercadorias adquiridas de terceiros e destinadas às construções, obras ou serviços referidos, a cargo do remetente.

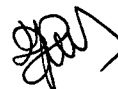


Vale ressaltar que o valor atinente à prestação do serviço de instalação que foi indevidamente incluído na base de cálculo do imposto foi excluído quando do julgamento de 2ª Instância, consoante recomendação exarada no parecer da consultoria tributária.

Ainda sobre esse parecer, merece destaque comentário nele consignado acerca da atividade preponderante: "...não se pode confundir uma operação de remessa de materiais de instalação para o canteiro de obra, realizada sem débito do ICMS, o que implicaria o estorno dos créditos porventura aproveitados, com uma operação de venda de equipamentos e materiais de instalação, realizada com débito do imposto. Na primeira a atividade preponderante é serviço e na outra a venda de mercadorias. Tratam-se, portanto, de situações distintas que não devem receber o mesmo tratamento tributário."

Com estas considerações,

V O T O pelo conhecimento do recurso especial, face a presença dos pressupostos legais exigidos, e pelo seu não provimento, para que se mantenha a decisão recorrida que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em referência.



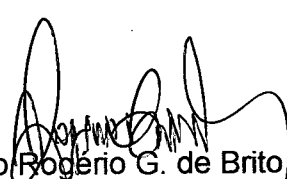
DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente AR FRIO REFRIGERAÇÃO S/A e recorrido 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS,

Após aprovada por unanimidade de votos a admissibilidade do presente recurso, o Conselho Pleno, por maioria de votos, resolve conhecer do recurso interposto, para manter a decisão PARCIALMENTE CONDENATÓRIA proferida pela 2ª Câmara, nos termos do voto da relatora e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos conselheiros José Gonçalves Feitosa, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, Frederico Hosanan de Castro, Vito Simon de Moraes, Ildebrando Holanda Júnior, Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira e Vanessa Albuquerque Valente, que se manifestaram pela improcedência da autuação. Ausente o conselheiro Marcelo Reis de Andrade Santos Filho. Esteve presente e apresentou defesa oral o representante legal da recorrente, Dr. Schubert de Farias Machado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 28 de junho de 2.005.

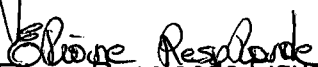

Moacir José Barreira Danziato
PRESIDENTE


Afredo Rogério G. de Brito
1º VICE PRESIDENTE


Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA



Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA

Oswaldo José Rebouças
2º VICE PRESIDENTE


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ana Maria Martins Timbó Holanda
Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

Fernando César C. Aguiar Ximenes
Fernando César C. Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO

Helena Lúcia Bandeira Farias
Helena Lúcia Bandeira Farias
CONSELHEIRA

Matteus Viana Neto
Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

José Gonçalves Feitosa
José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO

Fernanda Rocha A. do Nascimento
Fernanda Rocha A. do Nascimento
CONSELHEIRA

Fredenico Hosarian de Castro
Fredenico Hosarian de Castro
CONSELHEIRO

Vitor Simon de Moraes
Vitor Simon de Moraes
CONSELHEIRO