

<b>PROCESSO</b>	- A.I. Nº 086974.0001/02-5
<b>RECORRENTE</b>	- BETHA SINALIZAÇÃO E CONSTRUÇÕES LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0201-01/02
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ FEIRA DE SANTANA
<b>INTERNET</b>	- 03.10.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/02

**EMENTA:** ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITEIRA. FORNECIMENTO DE PLACAS DE SINALIZAÇÃO FABRICADAS FORA DO LOCAL DA OBRA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, está sujeito ao ICMS. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, no qual o recorrente pretende reformar o Acórdão nº 0201-01/02, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

O presente Auto de Infração, lavrado em 8/3/2002, acusa a falta de pagamento de ICMS relativo ao fornecimento de placas de sinalização produzidas fora do local da prestação do serviço, sendo as operações escrituradas como não tributáveis. Imposto: R\$50.117,16. Multa de 60%.

Desde a defesa inicial, o recorrente insiste em afirmar, em síntese, que a atividade da empresa é de prestação de serviços relacionados a engenharia civil – a conservação de estradas e a sinalização horizontal, vertical e semafórica –, de modo que o tributo a ser pago é o ISS. Baseia-se no fato de um Auto de Infração anteriormente lavrado contra o seu estabelecimento ter sido julgado improcedente.

Diz o Sr. Julgador da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que o Auto de Infração a que alude a defesa foi declarado improcedente porque, realmente, mercadorias destinadas a emprego como matéria-prima na industrialização de novas utilidades ou a emprego na prestação de serviços de qualquer natureza não se sujeitam ao regime de substituição tributária. Essa, contudo, é uma situação bastante diversa da atual.

Outro fundamento da defesa, aduz, é de que a empresa é considerada prestadora de serviços na legislação federal e na do próprio Estado, conforme consta no seu cartão de inscrição, encontrando-se inscrita na condição de “Especial”, por não ser contribuinte.

Em conclusão, após prestar minuciosos esclarecimentos a respeito do assunto em discussão, no seu voto o D. Relator de Primeira Instância, assevera que:

Em princípio, afirma que o prestador de serviços é contribuinte do ISS (tributo municipal). No entanto, em certos casos, o prestador de serviços pode ser considerado contribuinte apenas do

ICMS, ou de ambos os tributos, a depender da natureza do serviço e da forma como seja feito o fornecimento do material eventualmente empregado no serviço.

Chamam-se *empresas de atividades mistas* aquelas que forneçam mercadorias juntamente com a prestação de seus serviços. Essa designação deriva do fato de tais empresas se situarem nessa faixa de transição entre os campos de incidência do tributo municipal sobre serviços de qualquer natureza e do imposto estadual sobre circulação de mercadorias, além dos de outros tributos da União, conforme as circunstâncias.

Diz que a *Lista de Serviços* aprovada pelo Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, relaciona os fatos geradores do ISS, imposto municipal sobre prestações de serviços de qualquer natureza.

Aduz que: “Diante da verificação de um determinado fato, para se saber se está ele compreendido no campo de incidência do ICMS, cumpre examinar se a sua natureza e as circunstâncias em que ele ocorreu coincidem com a descrição legal do fato gerador. Havendo essa coincidência, diz-se que o fato se *subsume* à hipótese normativa.

Afirma ainda que:

“De um modo geral, a definição de *empresa de construção civil*, nos regulamentos estaduais e na legislação dos Municípios, compreende toda pessoa física ou jurídica que execute obras de construção civil, de obras hidráulicas e de outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços ou obras auxiliares ou complementares, efetuando a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou no de terceiro.

São consideradas *obras de construção civil*:

1.....

2.....

.....

9. A prestação de serviços auxiliares ou complementares necessários à execução de obras, tais como serviços de alvenaria, de instalação de gás, de pintura, de marcenaria, de carpintaria, de serralharia, de vidraçaria.” (*grifo nosso*)

Ao final, por entender que a empresa autuada não é estabelecimento comercial ou industrial, e sim, uma prestadora de serviços de engenharia que também *fornece* mercadorias por ela produzidas, vota pela procedência da autuação.

Irresignado com essa decisão, o recorrente interpõe Recurso Voluntário pretendendo modificar a decisão da 1ª JJF sob a alegação de que a “aula” em prolixa justificativa do seu voto chega a ser cansativa (8 laudas), reproduzindo no seu Recurso a seguinte afirmação do D. Relator de Primeira Instância.

“É antiga a discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre operações realizadas por empresas de construção civil. Por se tratar de matéria que se situa nessa faixa cinzenta que caracteriza as chamadas *atividades mistas*, envolvendo prestações de serviços e fornecimentos de mercadorias pelo prestador dos serviços, interessando tanto aos Estados e ao Distrito Federal como aos Municípios, é natural que haja *conflitos de competência*, por ser difícil, na prática, distinguir onde começa e onde termina a competência de cada ente tributante. Daí a necessidade de edição de lei complementar fixando os critérios a serem seguidos pelos legisladores, tanto no âmbito estadual como no municipal.”

Ressalta o recorrente que o Auto de Infração lavrado em 4/06/98, contra si, foi no mesmo período a que se refere à presente autuação. Que na oportunidade, levantou-se esta mesma polemica, inclusive quanto ao local da produção das mercadorias, quando ficou constatado que a empresa é realmente prestadora de serviços de engenharia civil, segundo constou do voto do ilustre relator da 4ª Câmara que julgou o Recurso de Ofício, homologando a decisão pela Improcedência emanada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Por fim insiste em afirmar que a empresa exerce a atividade de prestação de serviços de engenharia civil, conservação de estradas, sinalização horizontal, vertical e semaforica, sendo que todas as mercadorias adquiridas são destinadas ao emprego na prestação de tais serviços, executados sob encomenda. O recorrente é considerado com “prestador de serviços” na legislação federal e no próprio Estado, conforme cópia do “Cartão de Inscrição Estadual”, na condição de “Especial” – “Não contribuinte.”

Tendo sido demonstrado que em 1998, este Egrégio Conselho, tanto na JJF como na Câmara, entendeu que o recorrente era prestador de serviços, e considerando as provas apresentadas, requer a seja a Decisão Recorrida reformada para Improcedente.

A PROFZ, em Parecer de fl. 479, diz que a Decisão Recorrida está de acordo com a legislação vigente, pois incide ICMS no caso de fornecimento de mercadoria fabricada fora do local da obra, motivo qual opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

#### **VOTO VENCIDO**

Da análise do PAF e dos documentos que o compõem, chegamos à seguinte conclusão:

Digno de atenção, o reconhecimento pelo D. Julgador da 1ª JJF, da controvérsia de interpretação da legislação que deveria disciplina a questão ao afirmar que:

É antiga a discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre operações realizadas por empresas de construção civil. Por se tratar de matéria que se situa nessa faixa cinzenta que caracteriza as chamadas *atividades mistas*, envolvendo prestações de serviços e fornecimentos de mercadorias pelo prestador dos serviços, interessando tanto aos Estados e ao Distrito Federal como aos Municípios, é natural que haja *conflitos de competência*, por ser difícil, na prática, distinguir onde começa e onde termina a competência de cada ente tributante. Daí a necessidade de edição de lei complementar fixando os critérios a serem seguidos pelos legisladores, tanto no âmbito estadual como no municipal.”

Cabe ressaltar que encontra-se nos autos, documentos que não foram levados em consideração pelo autuante, como por exemplo a Nota Fiscal nº 039 (fl. 184) referente a "TINTA AMARELA DE MARCAÇÃO VIÁRIA" e Atestado do DERBA (fl. 399) comprovando o recorrente executou serviços de sinalização horizontal, com tinta refletiva acrílica emulsificada em solvente, com custo total de 13.000 m<sup>2</sup> e custo de R\$52.000,00 dentre diversos outros documentos de mesma natureza apresentados pelo recorrente o que a enquadra na *Lista de Serviços* aprovada pelo Decreto-lei nº

406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, que relaciona os fatos geradores do ISS, imposto municipal sobre prestações de serviços de qualquer natureza.

São consideradas *obras de construção civil*:

1.....

2.....

.....

9. A prestação de serviços auxiliares ou complementares necessários à execução de obras, tais como serviços de alvenaria, de instalação de gás, **de pintura**, de marcenaria, de carpintaria, de serralharia, de vidraçaria. ” (*grifo nosso*)

Entendo, *data venia*, em discordância da 1ª JF e da PROFAZ, ante as razões expostas, que a atividade da empresa é de prestação de serviços relacionados à engenharia civil – a conservação de estradas e a sinalização horizontal, vertical e semafórica –, de modo que o tributo a ser pago é o ISS.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO DO RECURSO, para reformar a Decisão Recorrida para IMPROCEDENTE.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo do Relator do PAF de que as operações em questão se tratam de serviços relacionados à engenharia civil, pois não é o que se vê nas cópias das notas fiscais apensadas à fl. 179 e seguintes, onde se constata, claramente, que o recorrente fornece “placas”, “barrotes”, “braços projetados”, etc., produzidos fora do local da obra.

O art. 2º, V, da Lei Complementar nº 87/96, preconiza que o imposto incide sobre o 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.

A Lista de Serviços a que se refere o art. 8º, do Decreto-Lei nº 406/68, com a redação introduzida pelo art. 3º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 834/69, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, no seu item 32, prevê como sujeito ao ISS a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e de 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 ICMS).

Portanto, como se infere da leitura dos textos legais citados, o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, está sujeito ao ICMS, e a exigência é correta.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **086974.0001/02-5**, lavrado contra **BETHA SINALIZAÇÃO E CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.117,16**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) **Ciro Roberto Seifert**, **Ivone de Oliveira Martins**, **Helcônio de Souza Almeida**.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) **José Raimundo Ferreira dos Santos**, **José Carlos Boulhosa Baqueiro**, **José Carlos Barros Rodeiro**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de Setembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFZ