

A. I. N° - 279836.0006/05-8
AUTUADO - ARMAFER SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO ROBERTO DE SOUZA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 29.06.06

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0209-02/06

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO COMPREENDIDA NA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte promoveu saídas de seu estabelecimento de mercadorias por ele beneficiadas, sem emprego de material, destinadas a construtoras, ou seja, para industrialização, conforme fato gerador previsto na alínea “a” do inciso VI do art. 2º, RICMS-BA/97. Promovida, através de diligência fiscal, a exclusão das operações destinadas a consumidor final. Acusação parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2005, refere-se à falta de pagamento do ICMS relativo ao fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendida na competência tributária do município, apuradas no período compreendido de agosto de 2000 a dezembro de 2001. Sendo lançado o imposto no valor de R\$ 448,306,81, com aplicação da multa de 60%.

O sujeito passivo defendeu-se, tempestivamente, protestando inicialmente que o enquadramento legal da acusação fiscal, segundo ele, firmou-se em presunções. Pois, a combinação dos diplomas legais que dão suporte ao presente auto, não converge com a sua efetiva atividade empresarial afirmação, restando configurado total equívoco do autuante. Ferindo, com isto, o princípio da verdade material, assentado no art. 2º do RPAF-BA.

Assevera que não há fornecimento de materiais por parte do autuado, como espelhado na descrição dos fatos, uma vez que trabalha com produto anteriormente fornecido por seu cliente, afigurando-se, as operações em questão, de forma cristalina, em típica prestação de serviço. Tanto é assim, que as respectivas notas fiscais de prestação de serviços são emitidas e, sistematicamente, é recolhido o Imposto Sobre Serviços, como pôde constatar o autuante em seu estabelecimento.

Ressalta que sua atividade, conforme descrita na cláusula 2^a de sua última alteração contratual, consiste na prestação de serviços de armação, corte e dobra de ferro para a construção civil e serviços correlatos, e são realizados mediante contrato com o recebimento de barras de ferro ou aço (vergalhões), adquiridos de terceiros pelas contratantes executando os cortes e dobras de acordo com as especificações do projeto, também fornecido pelo encomendante. Realizada a operação de serviço, as barras - cortadas em pedaços que são dobrados conforme detalhes especificados no projeto estrutural - são enfeixadas e enviadas às obras dos encomendantes, acompanhadas das respectivas notas fiscais de serviços, onde recebem aplicação própria, inclusive para formação de armaduras que são colocadas em formas de madeira que se integrarão a estrutura das vigas e lajes a serem concretadas.

Afirma que a execução dos serviços por ele prestados e objeto dos presentes autos encontram irrelutavelmente abrangida pelo item 32 da Lista de Serviços, anexada ao Decreto-Lei nº 406/68,

com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, uma vez que não fornece qualquer mercadoria, utiliza-se sempre do produto fornecido por seu cliente, adquirido de um terceiro, além de ser considerados serviços auxiliares da construção civil. Transcreve o item 32 da Lista de Serviços *in verbis*: “32 – Execução, por administração, empreitada, ou subempreitada de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares e complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços que fica sujeita ao ICM)”. Aduz, também, o autuado que na eventual possibilidade de não serem considerados os serviços por ele prestados como sendo auxiliares da construção civil, sem sombra de dúvidas, constituir-se-ão serviços de corte e dobra e, como tal, abrangidos pelo item 72 da referida lista, o qual, também, transcre *in verbis*: “72 – recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres de objetos não destinados à industrialização ou comercialização.”.

Assevera que nessa consonância, não há como se entender estas atividades praticadas como um processo de industrialização abrangido pelo campo de incidência do ICMS, porquanto o beneficiamento – por meio de corte e de dobra de ferro e de aço destinados à construção civil – está expressamente reconhecido como serviço, conforme o disposto no item 32 da Lei Complementar nº 56/87.

Em seguida, em face das disposições legais mencionadas, apresenta, fragmentos de decisões em que se afiguram o reiterado entendimento doutrinário e jurisprudencial da matéria quer do Poder Judiciário, quer dos Tribunais Administrativos, no sentido de que sobre as operações de serviços arrolados na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 e subseqüentes alterações, como é a hipótese, não incide IPI, nem ICMS, ainda que desse processo possa decorrer uma operação definida pela legislação do IPI como industrialização.

Por fim, requer seja julgada improcedente a presente autuação com base nos seguintes pré-supostos: a) a natureza da prestação dos serviços prestados é auxiliar da construção civil; b) o enquadramento da, ora questionada, prestação na lista de serviços da Lei Complementar nº 56/87, em seu item 32, ou caso assim não entender, no item 72; c) o não fornecimento de mercadorias conjugado com a prestação de serviços praticada; d) não visar industrialização ou comercialização dos produtos fornecidos pelos seus clientes, e e) a boa-fé do autuado em toda a sua conduta.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 3367/3368, reafirmando que o Auto de Infração foi em função da falta de recolhimento do ICMS relativo ao fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendida na competência tributária do município, fl. 3367. Sintetiza as alegações do autuado nas seguintes assertivas: a) não há fornecimento de matérias e sua atividade é típica operação de prestação de serviços e recolhendo o ISS regularmente; b) os serviços prestados pelo autuado são considerados serviços auxiliares da construção civil e enquadram-se na lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 e suas posteriores alterações; c) não é atividade do autuado a industrialização ou comercialização dos produtos fornecidos pelos seus clientes e por fim requer a improcedência total do auto de infração.

Quanto à argumentação da defesa, aduz o autuante, que a defesa transcreveu, em seu arrazoado os itens 32 e 72 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, e concluindo, portanto, está ali inserida sua atividade. Enfatiza que em nenhum momento, entretanto, a lista faz menção à totalidade das ações praticada pelo autuado. Eis que, a lista descreve, dentre outros, corte, recorte, mas não se refere à dobra. Revela que é daí que emerge o seu entendimento, de que o imposto é devido, pois não estão caracterizadas as operações de corte e de dobragem das barras de ferro ou aço, como deseja o autuado, redargüindo que a interpretação do fato, neste caso, deve ser literal. Conclui solicitando que o auto de infração seja julgado procedente.

Os autos foram submetidos à pauta suplementar do dia 15/09/2005 e os membros dessa JJF, decidiram por unanimidade baixá-los em diligência à Infaz de origem para que o autuante procedesse à inclusão, nos demonstrativos constantes das fls. 9 a 76, de colunas identificando os tomadores de serviços de cada operação de modo que se possa separar os consumidores finais e as construtoras e congêneres.

Depois de cumprida a diligência o autuante anexou aos autos as planilhas contendo a separação solicitada conforme se verifica às fls. 3376 a 3433.

Ao ser intimado para tomar ciência do resultado da diligência o autuado manifesta-se persistindo na sua tese inicial de que a prestação de serviços por ele efetuada não envolve fornecimento de materiais uma vez que recebe as barras de aço de seus clientes e corta e dobra de acordo com definição do projeto e que por se caracterizar numa operação de prestação de serviço escapa da competência impositiva do Estado, não comportando, portanto a incidência do ICMS, sob pena de incorrer em bitributação.

VOTO

Versa o auto de infração sobre a cobrança do imposto e exigência de multa pelo fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendida na competência tributária do município.

A defesa enfatiza em sua argumentação para refutar a acusação fiscal que os serviços prestados pelo autuado de corte e dobra de aço para uso na construção civil encontra-se previsto no item 32 ou no item 72 da Lista de Serviços anexada ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, uma vez que não fornece qualquer mercadoria, utiliza sempre do produto fornecido pelo cliente. Apresenta fragmentos de diversas decisões sobre a matéria emanadas tanto do Poder Judiciário como de Tribunais Administrativos com o objetivo de embasar sua tese defensiva. Requer a improcedência do Auto de Infração ressaltando não visar industrialização ou comercialização, além de apelar pela boa fé com que se conduzira na presente lide.

O autuante manifesta seu entendimento de que o serviço prestado em sua inteireza não se encontra previsto em nenhum dos itens da Lista de Serviços, tendo em vista que não contemplam o corte e a dobra das barras de aço, aduzindo que a interpretação deve ser literal e, portanto, mantém a acusação fiscal.

Da análise das peças que compõem os autos verifico que, apesar do serviço prestado pelo autuado não implicar no fornecimento de mercadoria ou qualquer insumo, o beneficiamento por ele executado não está explicitamente elencado na Lista de Serviços anexada ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87. Entendo que a aplicação da Lista de Serviços aos casos concretos não deve comportar, nem interpretação restritiva, e muito menos, extração dos limites de seu conteúdo expresso, sob pena de usurpação da competência dos entes tributantes.

Ademais a alínea “a” do inciso VI, do art. 2º do RICMS-BA/97, a seguir transcrita, de sua leitura resta evidenciado o acerto da autuação, no tocante aos serviços prestados pelo autuado, destinados a industrialização.

“Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

VI - da saída, de estabelecimento industrializador ou prestador de serviço, em retorno ao do encomendante ou com destino a pessoa diversa por ordem do encomendante, de mercadoria submetida a processo de industrialização ou serviço que não implique prestação de serviço compreendido na competência tributária municipal, relativamente ao valor acrescido, ainda que a industrialização não envolva aplicação ou fornecimento de qualquer insumo, tratando-se de (Anexo I):

- a) objetos destinados a industrialização ou comercialização, que tenham sido submetidos a recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres;"

Com base nesse entendimento e lastreado nos demonstrativos elaborados por ocasião da diligência fiscal é que procedemos à exclusão, dos valores apurados inicialmente pelo autuante, das prestações destinadas a consumidores finais, remanescendo, portanto, as prestações de serviços destinadas às construtoras e congêneres com o objetivo de adequar a exigência fiscal ao dispositivo normativo supra mencionado que rege a matéria, ora em lide.

Apresentamos a seguir o demonstrativo de débito contemplando somente as prestações de serviços cujos tomadores não são consumidores finais.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO - 01					
Data Ocorrência	Data de Venc.	Base de Calc.	Alíquota	Multa	ICMS
31/08/00	09/09/00	51.898,12	17%	60,00	8.822,68
30/09/00	09/10/00	93.189,88	17%	60,00	15.842,28
31/10/00	09/11/00	117.255,06	17%	60,00	19.933,36
30/11/00	09/12/00	119.288,06	17%	60,00	20.278,97
31/12/00	09/01/01	100.512,41	17%	60,00	17.087,11
31/01/01	09/02/01	112.532,18	17%	60,00	19.130,47
02/02/01	09/03/01	83.597,41	17%	60,00	14.211,56
31/03/01	09/04/01	91.679,94	17%	60,00	15.585,59
30/04/01	09/05/01	82.681,29	17%	60,00	14.055,82
31/05/01	09/06/01	96.840,76	17%	60,00	16.462,93
30/06/01	09/07/01	123.570,18	17%	60,00	21.006,93
31/7/01	09/08/01	118.271,00	17%	60,00	20.106,07
31/08/01	09/09/01	160.960,00	17%	60,00	27.363,20
30/09/01	09/10/01	129.589,71	17%	60,00	22.030,25
31/10/01	09/11/01	98.208,71	17%	60,00	16.695,48
30/11/01	09/12/01	130.583,59	17%	60,00	22.199,21
31/12/01	09/01/02	102.774,00	17%	60,00	17.471,58
TOTAL DO DÉBITO					308.283,49

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o parcial cometimento, por parte do autuado na forma materializada na acusação fiscal, da infração que lhe fora imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279836.0006/05-8, lavrado contra **ARMAFER SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 308.283,49, sendo R\$ 64.877,29, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista, no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 243.406,20, acrescido da mesma multa citada, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR