

PROCESSO - A. I. Nº 087016.0021/06-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RÓTULA METALÚRGICA LTDA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0077-01/07
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-12/07

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. ESTRUTURAS METÁLICAS E GRADIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Do valor lançado parte se refere a prestação de serviços sujeitas à incidência do ISS. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento, em face do quanto disposto no art. 169, I, do RPAF, contra a referida Decisão pela mesma proferida que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e apreciação de parte da infração 3, a seguir descrita:

- 3) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. A empresa efetuou industrialização que é tributável pelo ICMS e emitiu para estas operações, notas fiscais de prestação de serviços, conseqüentemente, omitiu receitas tributáveis pelo ICMS, fato este elencado no art. 408-L, inciso V, como determinante da perda do direito ao tratamento tributário previsto no SimBahia. Foi concedido o crédito de 8% quando da apuração do imposto, no período de 01/01/02 a 31/12/2004. No período de 2005, a empresa na condição de Normal o imposto foi apurado através da conta corrente fiscal, nos meses de março a dezembro de 2002, janeiro e outubro de 2003 e janeiro, março a agosto de 2005, no valor de R\$239.855,35.

Em relação à terceira infração, o autuado alegou que, revestindo-se do ânimo de não prejudicar o Erário Público, reconheceu parte desta infração, no valor de R\$30.652,57 e já procedeu ao recolhimento. Asseverou que a parte reconhecida se refere às Notas Fiscais de Prestação de Serviços nºs 000361, 000367, 000375, 000390, 000396, 000406, 000407 e 000418, referente a serviços de fabricação de estruturas metálicas de cobertura, executadas em sua fábrica (fora do local da obra), tendo como destinatário a empresa Consórcio Construtor Metrosal, que por um lapso foi equivocadamente tributada pelo ISS. Observou que no corpo dos mencionados documentos fiscais se encontram textualmente a expressão “*Serviços executados em nossa fábrica não sujeito a retenção do ISS*”.

Em relação às demais notas fiscais, alegou não caber a exigência, uma vez que os serviços foram executados no local da obra. Disse que o estabelecimento autuado é contribuinte do ISS, especificamente em sua Lista Anexa no item 7 e 7.02, tendo como atividade principal a execução sob contrato de empreitada de construção civil, montagem de estruturas metálicas como cobertura e gradis, confeccionados em quase sua totalidade, no local da obra. Citou e transcreveu os itens acima da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Citou e transcreveu Ementa e parte do voto – Acórdão JJF 0204/99, que trata de exigência de diferença de alíquota para empresa de construção civil, em que foi julgado improcedente; Ementa do Acórdão JJF nº 0056-04/02, que trata de retenção a menos do imposto devido por substituição tributária, sobre mercadorias utilizadas na prestação de serviços, para afirmar que as

operações que a Administração Tributária busca tributar se tratam de hipóteses de incidência do ISSQN.

Argumentou que as notas fiscais emitidas são computadas por preço global, estando inclusos os materiais utilizados e a mão de obra. Cada documento indica a que contrato está vinculado. Apesar de constar em separado os valores referentes aos materiais e os relativos a mão de obra, esses materiais são confeccionados no próprio local da obra contratada. E, mesmo em relação a alguns documentos emitidos só foi tributado pelo ISS a parcela referente a mão de obra, no entanto, cabe somente ao município o valor porventura recolhido a menos.

Transcreveu as Ementas dos Acórdãos CJF nº 0155-12/05, JJF nº 0088-04/06, JJF nº 0261-04/05 (CJF nº 0320-11/05), JJF nº 0009-01/03, para fundamentar que naqueles casos se tratava de mercadorias fornecidas, em face de execução de serviços não tributados pelo ICMS, nos Termos da Lei nº 8.967/2003, ou seja, todos julgados improcedentes, por terem sido caracterizadas como sendo mercadorias para emprego na prestação de serviços, sujeito a tributação pelo ISSQN.

Asseverou que a DITRI/SEFAZ, em diversos Pareceres nºs 6923/04, 1228/05 e 5930/05 que se referem a situações análogas, tem mantido o entendimento de que nas operações em questão não haveria a incidência do ICMS, considerando não se tratar de comercialização, no sentido típico, o fornecimento de materiais por parte das empreiteiras. Transcreveu parte do Parecer nº 4560/2002. Assim, entendeu ter ocorrido na presente autuação um equívoco. Os Pareceres acima indicados ratificam o posicionamento ora externado. Os materiais fornecidos e confeccionados pelo autuado têm o fim específico de emprego na construção e montagem da obra pertencente às empresas contratantes, não havendo o que se falar em recolhimento do ICMS.

Ressaltou, ainda, que o fato do autuado eventualmente efetuar, em seu próprio nome, aquisição dos equipamentos e mercadorias a serem incorporados à obra contratada não é suficiente para caracterizar uma operação de comercialização típica, em que há necessariamente o intuito de lucro pelo vendedor. A construtora funciona como repassadora dos referidos bens, uma vez que os mesmos não serão revendidos ou refaturados, mas, apenas, repassado para o efetivo destinatário e usuário final, o contratante dos serviços.

Disse não se configurar uma efetiva comercialização, ressaltando que apenas a confecção e montagem de estruturas metálicas são feitas no próprio canteiro de obra do contratante. Citou e transcreveu o art. 1º, §2º, II, “a” e “b”, do RICMS/BA.

Requeru a improcedência da infração 3, determinando o seu arquivamento. Requeru, ainda, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive, perícia contábil, depoimento pessoal dos agentes autuantes, juntada de novos documentos, oitiva de testemunhas, bem como outras que se façam necessárias, para o bom deslinde deste processo administrativo.

O autuante, às fls. 209/210, informou que o autuado emite notas fiscais - fatura de serviços indicando o valor do material aplicado quando da execução das obras, além da MOB ali utilizada, e em assim sendo, não resta dúvida de que os materiais por ela fornecidos foram industrializados em seu estabelecimento industrial, havendo, portanto, a incidência do ICMS. Esclareceu que o autuado não comprovou que as mercadorias (materiais) indicadas nos documentos fiscais tivessem sido industrializadas no local da obra.

Ao ser dada ciência ao autuado da informação fiscal, este, às fls. 216/220, reiterou todos os termos da peça de impugnação, alegando, ainda, ser inadmissível a informação do autuante de que tais serviços foram prestados na empresa e posteriormente levado para as obras, uma vez que é impossível se confeccionar uma cobertura ou uma estrutura metálica em um galpão, para posteriormente ser encaixado em uma construção. Por fim, requereu a procedência parcial do Auto de Infração, cujo montante reconhecido já foi recolhido.

O autuante, à fl. 222, disse manter a informação fiscal.

Através do Acórdão JJF n.º 0077-01/07, decidiu a primeira instância pela procedência parcial da infração 3, fazendo-o sob o seguinte entendimento:

- a) no que tange ao contrato celebrado com a Gerdau S.A., decidiu que *“consta como local e forma da realização dos serviços que a empresa Rótula (autuada) montará a estrutura metálica na unidade e local já definido pela contratante (Gerdau S.A.) e que outra empresa denominada ACOPLA fabricará a estrutura metálica”*, razão pela qual *“o autuado apenas prestou serviços de montagem do equipamento produzido por terceiros e por conta do contratante dos serviços, no caso a empresa GERDAU S.A., não havendo o que se falar em incidência de ICMS, devendo, portanto, serem excluídas do levantamento os documentos relacionados a prestação de serviços executados pelo autuado para a GERDAU S.A.”*; salientou, no particular, que *“Os documentos relacionados são os de nºs 363, 368, 387 e 394, devendo ser excluídos os valores de ICMS apontados indevidamente, nas quantias de R\$2.340,00, R\$ R\$4.500,00, R\$3.375,62 e R 3.807,52, nos meses de julho, agosto, setembro e novembro, respectivamente”*;
- b) com relação à SURCAP - Superintendência de Urbanização da Capital, abarcando 04 (quatro) contratos identificados como sendo ASJUR nºs 008/2002, 018/2002, 032/2002 e 164/2002, *“cujos objetivos são o de fornecimento e montagem de elementos metálicos em aço inoxidável, serviços de serralheria em inox para execução de pisos em gradil e para proteção de sítios arqueológicos no Belvedere”*, entendeu que *“analisando cada tipo de transação verifica-se a existência de execução de serviços de obra de reforma e serralheria, com a emissão dos documentos nºs 347, 400, 351, 353 e 369, os quais me levam a concluir se tratar de apenas prestação de serviços sujeitos à incidência dos tributos Municipais, devendo ser excluído da autuação os valores correspondentes a tais prestações de serviço”*;
- c) de referência ao contrato firmado com a empresa ESTOK Comércio e Representações Ltda., *“tendo como objeto a reforma do telhado, da estrutura auxiliar que se referem a desmontagem, com bota fora da estrutura metálica e telhado existente com reaproveitamento da calha metálica existente e instalação de novo telhado em telha trapezoidal em alumínio, compreendidos entre eixos 1 a 16 e eixos B a L, inclusive, depósito na área destinada à implantação da loja TOK & TOK”*, manifestou-se no sentido de que *“Diante da descrição dos fatos acima, entendo que se trate de prestação de serviços sujeitos à incidência do ISS”*, descabendo a autuação no particular;
- d) quanto ao Documento nº 012, emitido contra a empresa Barras Const. Projetos Serviços, decidiu que o mesmo se refere *“a serviços de pintura em cobertura, cuja prestação de serviços está sujeita à incidência do ISS, devendo ser excluído da autuação”*;
- e) no tocante ao documento nº 376, emitido contra a Prefeitura Parnaíba-PI, entendeu que *“o mesmo se refere a implantação de barracas para abrigar micro-empresários, ou seja, a prestação de serviços de montagem das estruturas, cuja tributação incidente sobre a prestação de serviços é atribuída ao Município, por se tratar de serviços tributados pelo ISS”*, devendo ser excluído da autuação;
- f) no que tange aos Documentos nºs 003 e 005, emitidos contra Construtora Norberto Odebrecht, *“por se tratar de serviço de recuperação e pintura da estrutura metálica dos corredores laterais da estação de transbordo Iguatemi/Rodoviária”*, promoveu a exclusão de ambos da autuação;
- g) o débito da infração 3 foi reduzido para R\$119.943,63, quadro demonstrativo indicado no voto de primeira instância, tendo a Junta realizado a homologação dos valores já recolhidos, conforme Lei de Anistia de 2006.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* proferido em Primeira Instância.

Isso porque as reduções promovidas pelo *a quo* decorreram da efetiva comprovação, após análise específica e acurada de cada uma das operações realizadas pelo autuado, de que as mesmas

estavam albergadas pelo ISS e não pelo ICMS, posto que predominavam as “obrigações de fazer” sobre as “obrigações de dar” nas referidas operações.

Dáí porque não pode o Fisco baiano exigir imposto que foge à sua competência.

Restou comprovado que os contratos celebrados com a Gerdau S/A (Documentos n^{os} 363, 368, 387 e 394), Surcap (Documentos n^{os} 347, 400, 351, 353 e 369), Estok Comércio e Representações Ltda., Barras, Construções, Projetos e Serviços (Documento n^o 12), Prefeitura de Parnaíba-PI (Documento n^o 376) e Construtora Norberto Odebrecht (Documentos n^{os} 003 e 005), não ensejam a incidência do ICMS, face à predominância do ISS.

Ex positis, com espeque nas razões de decidir constantes do julgamento de Primeira Instância, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, homologando os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n^o **087016.0021/06-7**, lavrado contra **RÓTULA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$122.376,34**, acrescido das multas de 50% sobre R\$605,21 e 60% sobre R\$121.771,13, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3, II, “a” e “f”, da Lei n^o 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. PGE/PROFIS