

A. I. Nº - 087016.0021/06-7
AUTUADO - RÓTULA METALÚRGICA LTDA
AUTUANTE - DIJALMA MOURA DE SOUZA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 23.03.2007

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0077-01/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. SIMBAHIA. Autuado reconhece devida a irregularidade apontada. Infração subsistente. 2. DIFERÊNCIA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado reconhece devida a irregularidade apontada. 3. 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. Autuado não elide a parcela remanescente. Caracterizada realização de operação de industrialização sujeita à incidência do ICMS. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 05/10/2006 exige imposto no valor de R\$242.288,06, pelas seguintes irregularidades:

- 1) recolheu a menos ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração - SimBahia, nos meses de abril e novembro de 2002 e março de 2003, no valor total de R\$605,21;
- 2) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de novembro e dezembro de 2004, no valor total de R\$1.827,50;
- 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, consequentemente, 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.

O autuado, às fls. 58 a 73, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando possuir atividade voltada à exploração, produção e instalação de gradis, esquadrias, estruturas metálica e outros serviços de serralharia. E, que reconhece devidas as irregularidades apontadas nas infrações primeira e segunda, inclusive, afirmando já ter providenciado o recolhimento das referidas parcelas.

Em relação à terceira infração, 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 03, determinando o seu arquivamento. Requereu, 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 dado 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.

VOTO

Inicialmente, observo que o autuado reconhece devidas as irregularidades apontadas nas infrações 01 e 02, que tratam de falta de recolhimento do imposto, na condição de empresa de pequeno porte, regime simplificado de apuração - SimBahia e por falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. Assim, mantidas as infrações.

A atividade desenvolvida pelo autuado é a exploração de fabricação e instalação de gradis, esquadrias, estruturas metálicas e outros serviços de serralheria, conforme consta da cópia reprográfica do contrato social, às fls. 76/77 dos autos.

Examinando os documentos juntados ao processo, constato que o sujeito passivo exerce atividade de fabricação de estruturas metálicas de cobertura, gradis e esquadrias, tendo entendido que as mercadorias por ele industrializadas, quando fabricadas no local dos serviços contratados, não alcançaria a incidência do ICMS, e sim, do ISS, já que, a seu ver, sua atividade se equipararia a de construção civil, citando o inciso IX, alínea "a", do art. 2º do RICMS/97 e transcrevendo Acórdãos de julgados deste Conselho, no tocante a empresas de construção civil. Valendo observar que o inciso acima indicado trata, especificamente de fornecimento, pelo prestador do serviço, de mercadoria por ele produzida fora do local da prestação do serviço, quando se trata de: obras de construção civil; obras hidráulicas; engenharia consultiva; e nos casos de: conservação, reparação e reforma de edifícios; estradas, pontes, portos e congêneres; paisagismo, jardinagem e decoração; lubrificação, limpeza e revisão de máquinas, veículos, aparelhos e equipamentos.

Neste sentido, esclareço que se equivoca o autuado ao entender que os equipamentos, peças e partes por ele industrializados, a exemplo de estruturas metálicas de cobertura, gradis, esquadrias, etc, quando fabricados fora de sua fábrica estaria fora do alcance da incidência do ICMS, haja vista o que estabelece o inciso VIII, alíneas "a" e "b" e § 5º, do art. 2º do RICMS/97, a seguir transcrito:

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

VIII - do fornecimento de mercadoria, pelo prestador do serviço, nos casos de prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, como definida em lei complementar, inclusive nos casos em que, embora o serviço conste na Lista de Serviços, a natureza do serviço ou a forma como for contratado ou prestado não corresponda à descrição legal do fato gerador do tributo municipal, tais como (Anexo 1):

a) fornecimento de material, pelo prestador do serviço, na instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos;

b) fornecimento de material, pelo prestador do serviço, na montagem industrial, inclusive de conjuntos industriais;

§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como:

I - transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;

II - beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;

III - montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;

V - renovação ou recondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Assim, não se pode aplicar o disposto no § 7º do artigo 2º do regulamento acima indicado, que estabelece: “Não se considera industrialização a atividade que, embora exercida por estabelecimento industrial, esteja conceituada por lei complementar como prestação de serviço tributada pelos Municípios, observadas as ressalvas nela contidas quanto à incidência do ICMS”, sem que seja examinado, efetivamente, cada operação ou prestação desenvolvida pelo sujeito passivo. Assim, analisando os instrumentos particulares de contratos de prestações de serviços anexados aos autos, pelo sujeito passivo, verifico o seguinte:

- Contrato firmado com a Gerdau S.A. - 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. Desta maneira, neste caso, entendo que 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.

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.

Dos documentos anexados aos autos, em relação à SURCAP - Superintendência de Urbanização da Capital, temos 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. Assim, 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 serviços.

Já em relação ao faturamento efetuado através dos documentos fiscais nºs 357, 370, 404 e 409, constato que os mesmos dizem respeito a serviços de execução com fornecimento de gradil em aço e elementos metálicos, caracterizando, de acordo com as disposições legais acima transcritas a realização de operações e prestações sujeitos à tributação do ICMS.

Vale ressaltar que o autuado anexa cópias dos contratos onde se constata o seguinte: contrato nº ASJUR 164/2002 - se refere a fornecimento e montagem de elementos metálicos em aço inoxidável Praça da Sé/ Belvedere; contrato nº ASJUR 008/2002 - se refere a execução das obras de reforma da Praça da Sé; contrato nº ASJUR 018/2002 – se refere a serviços de serralheria em inox para execução de piso em gradil para proteção de sítios arqueológicos no Belvedere e; contrato nº ASJUR 032/2002 - se refere a serviços de complementação da proteção de sítios arqueológicos da Praça da Sé.

Em relação ao Consórcio Construtor Metrosal - o autuado reconhece ser devida a exigência do tributo, sob o fundamento de que as estruturas metálica foram fabricadas em seu estabelecimento. Vale esclarecer que as operações decorrentes de processo de industrialização são tributadas pelo ICMS, independentemente do local em que ocorra o processo de fabricação. Consta dos documentos fiscais nºs 361, 367, 375, 390, 396, 406, 407 e 418, a realização de serviços de fabricação de estrutura metálica de cobertura da estação acesso norte para obra de implantação do metrô de Salvador. Mantida a autuação.

Foi juntado contrato firmado com a Construtora LJA Ltda., tendo como objetivo o fornecimento e a montagem de estrutura metálica para o mezanino com piso em placa wall e escada metálica com piso de chapa lisa, sendo emitidas as notas fiscais nºs 006, 011, 013, 014, 018 e 019. Também consta documento intitulado “Proposta Técnica Comercial nº 230/2004” onde consta que toda estrutura será fabricada com perfis planos e não planos, em aço ASTM A 36. Desta forma, confirmado se tratar de operações sujeitas a incidência do ICMS.

Do contrato firmado com a Nolandis Empreendimentos e Participações Ltda. - consta como objetivo a execução de serviços de montagem de estrutura metálica para cobertura, tendo emitido a nota fiscal 016. Consta dos autos que autuado firmou contrato com a empresa Nolandis Empreendimentos e Participações Ltda, contrato nº CSC 021/5, tendo como objeto a execução dos serviços de montagem de estrutura metálica para cobertura, obra do Complexo Hoteleiro Praia do Forte. Também, no referido contrato, consta que o preço de R\$193.000,00 se refere à execução da estrutura metálica e que nos preços ajustados são considerados incluídos todos os materiais, solvas, pintura, equipamentos, mão de obra, encargos, impostos e transporte até o local da obra, montagem, despesas de administração e encargos auxiliares e complementares necessárias à completa execução dos serviços contratados. Assim, todas as evidências conduzem para o entendimento de que o autuado fabricou e montou a estrutura metálica apontada no projeto

arquitetônico do Edifício 01 indicado no referido contrato. Desta forma, confirmado se tratar de operações sujeitas a incidência do ICMS.

O autuado firmou contrato com a 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 trapezóide em alumínio, compreendidos entre eixos 1 a 16 e eixos B a L, inclusive, depósito na área destinada à implantação da loja TOK &TOK. Foram emitidas as notas fiscais nºs 422, 425, 426 e 433. Diante da descrição dos fatos acima, entendo que se trate de prestação de serviços sujeitos à incidência do ISS. Descabe o lançamento do crédito tributário, em relação aos documentos indicados.

Em relação ao documento nº 012, emitido contra a empresa Barras Const. Projetos Serviços, constato se referir a serviços de pintura em cobertura, cuja prestação de serviços está sujeita à incidência do ISS, devendo ser excluído da autuação.

Também, no tocante ao documento nº 376, emitido contra a Prefeitura Parnaíba-PI, 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. Deve ser excluído da autuação.

Quanto ao documento fiscal nº 017, emitido contra a empresa Azteca Engenharia, consta a indicação de serviços de montagem de estrutura metálica, no entanto, na assentada do julgamento o representante da empresa confirma que o contrato firmado com a empresa acima indicada se referia a fabricação e montagem das estruturas metálicas. Assim, concluo ser devido o ICMS exigido, haja vista que a operação realizada decorrente do processo de industrialização da estrutura metálica, sujeita-se à incidência do ICMS.

Em relação aos documentos fiscais nºs 325, 356 e 373, emitidos contra Ford Motor, apesar de não ter sido juntado cópia do contrato firmado entre as partes, consta da descrição dos documentos a execução de fechamento lateral e portões do prédio, com o fornecimento de mão de obra e material. Como a atividade principal desenvolvida pelo autuado é a de fabricação de gradis e estruturas metálicas, entendo que deva ser mantido o valor exigido.

Os documentos fiscais nºs 362, 365, 366 e 405, emitidos contra a STP - Superintendência de Transporte Público, se referem a confecção e instalação de peças denominadas “separadores de fluxo em aço inox - AISI 304, escovado”, não restando dúvida quanto a fabricação dos produtos para execução dos serviços. Mantida a autuação.

Já em relação dos documentos 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, pelos motivos já expostos anteriormente, concluo deva ser excluído da autuação.

Desta forma, depois de analisados os objetivos contratuais, bem como os documentos emitidos, concluo que as mercadorias industrializadas, tais como estruturas metálicas e gradis, pelo contribuinte autuado e adquiridas pelos destinatários, incluindo, inclusive, a sua montagem, quando da realização da operação e prestação, estão sujeitos à incidência do ICMS, como determina o disposto no art. 2º, inciso VIII c/c o § 5º do mesmo artigo, todos do RICMS/97.

O débito do item 03 do Auto de Infração passa a ser o abaixo demonstrado:

OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
03/2002	0,00
04/2002	0,00

05/2002	10.692,00
06/2002	3.060,00
07/2002	6.543,18
08/2002	9.102,24
09/2002	10.029,43
10/2002	2.890,84
11/2002	3.414,38
12/2002	10.518,88
01/2003	5.553,32
10/2003	1.260,36
01/2005	0,00
03/2005	0,00
04/2005	3.532,03
05/2005	2.285,29
06/2005	27.782,28
07/2005	18.769,86
08/2005	4.509,54
TOTAL	119.943,63

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia recolhida, com os benefícios da Lei nº 10328/2006.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087016.0021/06-7, lavrado contra **RÓTULA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR