

A. I. Nº - 210328.0001/09-8  
**AUTUADO** - COMIN AUTOMAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - WASHINGTON LUÍS DE ANDRADE CARDOSO  
**ORIGEM** - IFMT/METRO  
**INTERNET** - 10.03.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0006-02/11**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO COM MERCADORIA TRIBUTÁVEL EM TRÂNSITO DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei Complementar 116/03, haverá a incidência do ICMS na prestação de serviços quando houver fornecimento de mercadorias produzidas fora do local da prestação. Acusação fiscal subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/10/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$28.029,83, acrescido da multa de 60%, em decorrência de dar trânsito a mercadoria tributada, caracterizada como não tributada, conforme Termo de Apreensão nº 1210328.0001/09-8, fls. 04/05, como prova do ilícito fiscal.

O sujeito passivo, por seu representante legal, procuração fl. 41, impugna o lançamento tributário, fls. 30/39, afirmado que a autuação se deu devido a um erro formal quando da emissão da nota fiscal, visto que de forma equivocada registrou como destinatária das mercadorias a própria remetente, constando como endereço de entrega dos produtos o próprio autuado estabelecido na cidade de São Paulo, ao invés do destinatário correto que seria a obra que está sendo realizada na cidade de Madre de Deus, no Estado da Bahia.

Salienta que é uma empresa prestadora de serviços de empreitada, com emprego de materiais, portanto não seria contribuinte de ICMS.

Assevera que conforme consta de comprovante que anexa fl.50/52, sua inscrição no cadastro federal, estadual e municipal possui como atividade econômica a instalação e manutenção de equipamentos elétricos, não sendo empresa comercial, é contribuinte do ISS e não do ICMS, no estado de São Paulo.

Ressalta que embora tivesse absoluta certeza de que ocorreu um mero erro formal no preenchimento da nota fiscal, diante da apreensão das mercadorias o que lhe causava imensuráveis prejuízos, alternativa não lhe restou senão efetuar o recolhimento do débito, para fins de liberação da mercadoria e não prejudicar seu cliente, e que diante deste fato deverá ser anulado o presente auto de infração com a devolução da quantia paga indevidamente e atualizada na forma da lei.

Relativo ao direito, diz que não incide ICMS para empresas contribuinte do ISS, o que é seu caso pois a atividade que realiza refere-se a prestação de serviços de empreitada com aplicação de materiais, e não a venda de materiais para obra. Afirma que pela cláusula 2.4 do contrato de empreitada que anexa fls. 56/72, pode-se constatar que a Impugnante deverá fornecer os materiais, equipamentos, máquinas, veículos e ferramentas, necessários à execução de todos os serviços.

Diz que a LC 116/2003, Lei Complementar, nos termos do art. 1º §§ 1º e 2º, que transcreve, determina que os serviços incluídos na lista fiquem sujeitos somente a incidência do ISS, ainda que haja o emprego de mercadorias e ressalta que especialmente no referido anexo, incide ISS e não ICMS para o item 7.2 – subempreitada de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica, de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração e a instalação de montagem de

produtos, peças e equipamento (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação) que ficam sujeitas ao ICMS.

Cita e transcreve jurisprudência do STJ em caso semelhante, decidindo pela não incidência do ICMS na construção civil em contratos de empreitada, na fabricação de pré-moldados. Agravo Regimental desprovido (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.130.668-SP) e também no Recurso Especial sobre matéria similar, Recurso especial não conhecido. (STJ Recurso Especial nº 984.543 – RS).

Salienta que a nota fiscal de remessa dos produtos foi emitida com a ressalva de não incidência prevista no anexo XI, art. 2º do RICMS do estado de São Paulo que transcreve, além de afirmar que vai nesse mesmo sentido do artigo 542 do Regulamento de ICMS do estado da Bahia.

Assevera que não pode ser exigido da Impugnante o recolhimento de um tributo que não é devido por um mero erro no preenchimento da nota fiscal, pois não haveria nexo em a empresa emitir nota fiscal de simples remessa de mercadoria para o lugar em que as mercadorias já se encontram ainda mais que consta nos dados adicionais que o local da entrega é Madre de Deus na Bahia e que nos termos do art. 113, parágrafo 2º do CTN, o mero erro formal na emissão de nota fiscal que é obrigação acessória, não pode gerar ao contribuinte obrigação de pagar tributo.

Salienta que por causa deste mero erro formal suas mercadorias foram apreendidas e remetidas à transportadora para depósito, causando graves transtornos à Impugnante, inclusive perante a empreitada que está realizando para seu maior cliente, sendo obrigada a recolher o ICMS devido, com o fito de ter as mercadorias liberadas e poder cumprir seu contrato, sendo inquestionável que tem direito a restituição dos valores pagos, em que pese o erro no preenchimento da nota fiscal, cita e transcreve jurisprudência nesse sentido, conforme processo 200001000448599 UF: PA, Órgão Julgador da Oitava Turma, Data da Decisão: 29/06/2007. Documento TRF100259956 - DJ Data: 19/10/2007 Página: 157, Relatora: Desemb. Federal Maria do Carmo Cardoso. Cita e transcreve vários artigos de legislação pertinente a exemplo, do Art. 1º, §2º da LC 116/2003, Art. 3º, V da Lei Complementar 87/96, Art. 1º, I, II, III e Art. 219, V do RICMS/BA.

Finaliza requerendo seja anulado o presente auto de infração com a devolução dos valores pagos. O Autuante em informação fiscal, fls. 89/92, faz um breve resumo dos fatos e das alegações defensivas para informar que ao contrário do que afirma a impugnante sobre ser cadastrada na Receita Federal como prestadora de serviços, consta da consulta feita no cadastro de contribuintes do ICMS do estado de São Paulo, o seu regime periódico de apuração de imposto como normal, conforme consta do SINTEGRA.

Salienta que apesar de também ser contribuinte do ISS no estado de São Paulo, quando há fornecimento de mercadorias na prestação de serviços como no caso ora analisado, haverá a incidência do ICMS na operação, conforme previsto na LC 116/03, no art. 1º, §2º, pois assim prevê expressamente o item 7.02 do Anexo da citada Lei Complementar, que transcreve.

Assevera que o Autuado pode fornecer mercadorias em suas operações desde que tribute devidamente os materiais quando novos e lacrados, e não exclusivamente aqueles necessários à execução do serviço. Além disso, deve-se atentar para a natureza dos produtos apreendidos, cabos de energia, que não irão retornar para o remetente após a prestação dos serviços. Relata que segundo informação do engenheiro da obra, esses cabos após desenrolados não servem mais para outra aplicação, por se tratarem de cabos de altíssima tensão, o que provaria não serem apenas para aplicação durante a prestação de serviços, pois incorpora-se ao ativo imobilizado do adquirente do serviço, havendo assim a transferência física e jurídica da propriedade das referidas mercadorias.

Afirma que a não incidência exposta no artigo 542 do RICMS/BA, que transcreve, é para materiais de terceiro, movimento de material, máquinas, retorno de materiais utilizados na prestação de serviços e não aos materiais decorrentes de fornecimento definitivo, como é o caso das bobinas de cabos que não retornarão ao estabelecimento do remetente.

Ressalta que o Autuado não tem direito a pedir restituição sobre o que é devido, pois a operação é tributada e não consta da nota fiscal qualquer tributação. Diz aproveitar o ensejo para que a Fazenda pública municipal de Madre de Deus seja cientificada de que houve prestação de serviços com incidência do ISS em seu município para certificar-se de houve o respectivo recolhimento do imposto.

Finaliza pedindo procedência total do auto de infração.

Consta dos autos recolhimento do valor histórico do imposto, fls. 96, com exclusão da multa, conforme relatório SIGAT (fl.95).

#### VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em decorrência de o sujeito passivo dar trânsito a mercadoria tributada, caracterizada como não tributada, conforme Termo de Apreensão nº 1210328.0001/09-8, fls. 04/05, como prova do ilícito fiscal. Consta do processo cópia da nota fiscal nº 5232, fl. 06, emitida em 21/10/2009 como emitente a empresa Comin Automação Industrial, inscrição estadual nº 114.195.281.112, estabelecida no Estado de São Paulo, destinada à própria remetente, cuja natureza da operação é descrita como Simples Remessa , CFOP 6949, e consigna 08 bobinas (Epro Compact) diversas voltagens. Do conhecimento de Transporte nº 4157, documento fl. 07, constam os mesmos dados da nota fiscal para remetente e destinatário.

Vejo que não existe destaque de imposto na nota fiscal e o enquadramento legal foi o art. 1º, cc 219, V do RICMS/Ba. Autuado alega que seria um prestador de serviços registrado no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, e que por força de cumprimento de um contrato de empreitada que se realiza no estado da Bahia realiza operações de trânsito de mercadorias o que culminou na presente autuação. Afirma, entretanto, que esta operação estaria fora do campo de incidência do ICMS, visto que o produto apreendido (bobinas elétricas), seria exclusivamente para aplicação nos serviços de empreitada contratado que realiza neste Estado.

Compulsando os autos vejo que de acordo com contrato de empreitada firmado com a Petrobrás, se confirma o enquadramento das atividades exercidas pelo Autuado no rol inerente ao item 7.02 - subempreitada de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica, de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração e a instalação de montagem de produtos, peças e equipamentos - da Lista de Serviços do Anexo Lei Complementar nº 116/2003.

Do exame do mérito e dos elementos acostados ao PAF, verifica-se que não pode prosperar argumento do Autuado de que as mercadorias apreendidas estejam fora do campo de incidência do ICMS. Senão vejamos: O art. 1º, § 2º da Lei Complementar 116/03 assim dispõe:

*Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.*

*§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.(grifo nosso).*

A atividade desenvolvida pela autuada se enquadraria no item 7.02 da lista de serviços a que se refere a ressalva acima, reproduzida a seguir:

*7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). (grifo nosso).*

No caso em análise, o Autuante transferiu mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação sujeito portanto à incidência do ICMS nos termos da Lei.

Verifico que a exigência fiscal se deu por conta de serviços de empreitada na montagem eletromecânica sem oferecimento à tributação estadual do material aplicado; saídas de

mercadorias tributadas, sem o devido pagamento, alegando tratar-se de simples remessa de bobinas/cabos elétricos, saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis produtos que seriam utilizados na prestação de serviços, e que não retornaram ao estabelecimento de origem. O contribuinte entende que está sob o campo de incidência do ISS, e não do ICMS. O Anexo I do Regulamento do ICMS deste Estado, no seu item nº 7.02, exclui do espectro de incidência do tributo, conforme transcrito acima.

Ora, resta cristalina, no comando final do item 7.02, a obrigação de recolher o imposto referente às peças e partes empregadas na prestação dos serviços. O sujeito passivo não logrou comprovar que as operações objeto da autuação, conforme alegou, foram de simples remessa e , tampouco observou as formalidades necessárias ao afastamento da tributação.

Incide o ICMS na prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, havendo fornecimento de mercadorias. No caso concreto, o fato que ensejou a autuação não se enquadra em nenhum dos incisos acima transcritos, considerando que a operação não pode ser tratada como “simples remessa” como quer o Autuado, pois apesar da alegação de equívoco no endereço do destinatário registrado na nota fiscal, o contribuinte não possui inscrição no estado da Bahia e houve transferência de materiais novos que não devem retornar ao estado de origem.

Vejo que consta do PAF, o recolhimento integral do crédito reclamado, conforme relatório SIGAT (fl.95).

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados valores pagos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210328.0001/09-2, lavrado contra **COMIN AUTOMAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$28.029,83, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, Inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais devendo ser homologados valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR