

A. I. N° - 210943.0003/14-6
AUTUADO - TECNOSONDA S/A
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 08.08.14

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0146-02/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. FORNECIMENTO DE MERCADORIA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nos termos da Lista de Serviços estabelecida pelo Decreto-lei n° 406/68, com as alterações posteriores (Lei Complementar n° 56/87), a montagem industrial somente se considera serviço quando os materiais a serem montados forem pertencentes ao usuário do serviço. Por interpretação a contrário *sensu*, se os materiais são fornecidos pelo prestador do serviço, não se trata de “serviço”, e sim de “industrialização”. Não foi acatada a tese de que se trataria de prestação de serviços relacionados a engenharia civil, de modo que os fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros para emprego nas obras não sofreriam a incidência de ICMS. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 06/01/2014, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$10.557,00 mais a multa de 60%, sob acusação de “Falta de destaque do ICMS nas operações de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, o fornecimento de materiais em que se sujeitas à incidência do imposto”, conforme documentos às fls.06 a 10. Imposto lançado: R\$10.557,00. Consta na descrição dos Fatos: *Não tributou a operação de saída do estabelecimento de mercadoria produzida fora do local da obra (Porto de Aratu/Candeias), conforme descrição da mesma no DANFE n° 83, cujo código NCM aplicável à espécie, nos termos da Tabela TIPI, deve ser o 73089090.*

O autuado, por seu representante legal, apresentou impugnação às fls.12 a 16, e considerou descabida a conclusão fiscal pelos motivos fáticos e de direito a seguir alinhados.

Expressou o seu entendimento de que na autuação foi tributada mercadoria que teria sido produzida fora do local da obra, e que teria sido enquadrada, no entendimento do Fisco, no código NCM de n° 73089090 (outras construções e suas partes, de ferro fund/ferro/aco).

Discordou desta conclusão dizendo que carece de respaldo jurídico, pois a mercadoria autuada foi corretamente qualificada no código n° 72151000 (De aços para tornear, simplesmente obtidas ou completamente acabadas a frio).

Afirma que não há produção de mercadoria fora da obra. Explica que a confecção da armadura para estruturação da estaca hélice, comprehende o agrupamento de barras de aço em quantidades definidas no projeto e fixadas longitudinalmente a estribos circulares também de barras de aço de menor diâmetro, formando uma gaiola com diâmetro e comprimento da estaca em conformidade com o projeto.

Diz, ainda, que não existe nenhuma intervenção de usinagem ou conformação mecânica e sim fixação das barras nos estribos circulares, através de amarrações utilizando arame específico para

este fim. Ou seja, que a mercadoria não é produzida (confeccionada) fora do local da prestação do serviço, visto que estas estacas são utilizadas para fundações de obras de construção pela própria Tecnosonda.

Afirma que a infração não pode subsistir porque não pratica operações sujeitas ao ICMS, visto que é empresa prestadora de serviços de construção civil, estando o fornecimento de material vinculado aos serviços prestados. Com base nisso, sustenta que a saída das mercadorias não configura operação mercantil sujeita ao ICMS, mas mero fornecimento de material necessário à execução do serviço. Esclarece que os serviços por ela prestados são de engenharia/construção civil e não de manutenção ou montagem industrial, pois os bens utilizados por ela na construção ficam aderidos de forma definitiva à obra, não sendo possível a sua remoção.

Dizendo que não pode ser considerado contribuinte do ICMS, invoca a regra da LC 116/2003 (artigo 1º, parágrafo 2º) e o artigo 2º, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, para mostrar que os serviços listados ficam sujeitos apenas e tão somente ao ISS, salvo se a própria lista contiver exceção no sentido de que o ICMS seja devido sobre o fornecimento de mercadorias, em cada caso.

No caso em tela, considerou a exceção à regra, que permite a cobrança de ICMS, e enquadra-se na situação em que o “fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS“, o que diz não ser o caso.

Reafirma que não há que se falar em produção de mercadoria, pois trata-se, apenas, de uma barra de aço adquirida, que após torneada, ganha a forma de estacas hélices, razão porque, diz ter a mercadoria sido enquadrada corretamente qualificada pela notificada no código nº 72151000 (De aços para tornear, simplesmente obtidas ou completamente acabadas a frio).

Ao final, requer a decretação de nulidade do auto de infração e da respectiva decisão em aplicar a multa de [50%] do valor da operação, por inexistir respaldo legal que consubstancie a pena.

Protesta ainda, pela ulterior juntada de documentos necessários a comprovar a veracidade dos fatos.

Na informação fiscal às fls. 33 a 34, o autuante destaca que sem questionar os aspectos formais do procedimento fiscal a impugnante mantém os termos da operação documentada no DANFE nº 83, acrescentando que não houve intervenção alguma de natureza mecânica ou de usinagem, mas simples fixação de barras nos estribos circulares com fios de arame cozido afirmado em seguida, que a mesma não é confeccionada fora do local da prestação do serviço.

Destaca que o sujeito passivo expõe a legislação complementar federal do ISS que, no item 7.02, não deixa qualquer margem de dúvida quanto à incidência do ICMS sobre o fornecimento de mercadoria produzida pelo executor do serviço fora do local da prestação dos serviços, ou seja, do canteiro de obras, de modo que o ponto central da divergência é determinar se a mercadoria transportada resulta, ou não, da montagem de outros produtos.

Rebateu tais alegações dizendo que, se, como afirma a impugnante, houve a reunião de três itens (barras de aço, estribos circulares e fios de arame cozido), então não está correta a classificação NCM 72151000 atribuída à mercadoria denominada "armadura de aço para estaca hélice", justamente por não se tratar do tipo de mercadoria (BARRA) que é classificada sob o código utilizado como se vê na tabela abaixo:

72.15	Outras barras de ferro ou aço não ligado.	
7215.10.00	De aços para tornear, simplesmente obtidas ou completamente acabadas a frio	5
7215.50.00	Outras, simplesmente obtidas ou completamente acabadas a frio	5
7215.90	Outras	
7215.90.10	Com um teor de carbono inferior ou igual a 0,6 %, em peso	5
7215.90.90	Outras	5

Aduz que a própria descrição do item no documento fiscal (Armadura de aço para estaca

hélice) é o suficiente para extrair da tabela TIPI o código NCM adequado à mercadoria produzida fora do canteiro de obras, conforme reprodução parcial abaixo:

		CONSTRUÇÕES E SUAS PARTES (POR EXEMPLO:PONTES E ELEMENTOS DE PONTES, COMPORTAS, TORRES, PÓRTICOS, PILARES, COLUNAS, ARMAÇÕES, ESTRUTURAS PARA TELHADO, PORTAS E JANELAS, E SEUS CAXILHOS, ALIZARES E SOLEIRAS, PORTAS DE CORRER, BALAUSTRADAS), DE FERRO FUNDIDO, FERRO OU AÇO, EXCETO AS CONSTRUÇÕES PRÉ-FABRICADAS DA POSIÇÃO 9406; CHAPAS, BARRAS, PERFIS, TUBOS E SEMELHANTES, DEFERRO FUNDIDO, FERRO OU AÇO, PRÓPRIOS PARA CONSTRUÇÕES.	
7308		-Pontes elementos de pontes	0
7308.10.00		- Torres e pórticos	0
7308.20.00		-Portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras	0
7308.30.00		-Material para andaimes, para armações (cofragens*) e para 10	10
7308.40.00	Ex 01	<i>Armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada</i>	5

Conclui, pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

De acordo o que consta na inicial, trata-se de Auto de Infração lavrado, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir o ICMS em decorrência de “Falta de destaque do ICMS nas operações de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, o fornecimento de materiais se sujeitas à incidência do imposto.

A infração foi enquadrada nos artigos 2º, II, “b”, e 4º, VI, “b”, da Lei nº 7.014/96, que rezam in verbis:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

(...)

b) sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VI - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

(...);

b) compreendidos na competência tributária dos Municípios mas com indicação expressa da incidência do imposto de competência estadual, como definida na lei complementar aplicável;

Conforme esclarecimento no auto de infração, consta na descrição do fato que o autuado não tributou a operação de saída do estabelecimento de mercadoria produzida fora do local da obra (Porto de Aratu/Candeias), conforme descrição da mesma no DANFE nº 83, cujo código NCM aplicável à espécie, nos termos da Tabela TIPI, deve ser o 73089090.

No DANFE nº 083, fl. 10, que embasa a autuação, consta que a mercadoria é “ARMADURA DE AÇO PARA ESTACA HELICE”, com NCM/SH 72151000, e a natureza da operação é “Simples Remessa”, do estabelecimento autuado para o endereço Via Motoin s/n, Canteiro, no município de Candeias/BA.

Na defesa fiscal, o autuado sustenta que:

- a) a mercadoria foi corretamente qualificada no código nº 72151000 (De aços para tornear, simplesmente obtidas ou completamente acabadas a frio);
- b) não há produção de mercadoria fora da obra, mas sim, a fixação das barras nos estribos circulares, através de amarrações utilizando arame específico para este fim. Ou seja, que a mercadoria não é produzida (confeccionada) fora do local da prestação do serviço, visto que estas estacas são utilizadas para fundações de obras de construção pela própria Tecnosonda;
- c) não pratica operações sujeitas ao ICMS, visto que é empresa prestadora de serviços de construção civil, estando o fornecimento de material vinculado aos serviços prestados;
- d) não pode ser considerado contribuinte do ICMS, à luz da regra da LC 116/2003 (artigo 1º, parágrafo 3º) e o artigo 2º, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, visto que os serviços listados ficam sujeitos apenas e tão somente ao ISS, salvo se a própria lista contiver exceção no sentido de que o ICMS seja devido sobre o fornecimento de mercadorias, em cada caso:

O autuante, por seu turno, argumenta que não houve intervenção alguma de natureza mecânica ou de usinagem, mas simples fixação de barras nos estribos circulares com fios de arame cozido afirmando em seguida que a mesma não é confeccionada fora do local da prestação do serviço.

Assim, a lide se resume exclusivamente se a mercadoria foi montada fora do local da prestação de serviço (canteiro de obras), ou seja, se a mercadoria objeto da autuação (ARMADURA DE AÇO PARA ESTACA HÉLICE) resulta, ou não, da montagem de outros produtos.

Pesquisando na internet (www.otimaconcreto.com.br/estacas.html), constatei que estaca hélice é *uma estaca de concreto moldada, executada por meio de trado contínuo e injeção de concreto através da haste central do trado simultaneamente a sua retirada do terreno*. O método de execução da estaca hélice contínua exige a colocação da armação após a sua concretagem. A armação, em forma de gaiola, é introduzida na estaca por gravidade ou com o auxílio de um pilão de pequena carga ou vibrador. As estacas submetidas a esforços de compressão levam uma armação no topo, em geral de 2 a 5,5m de comprimento. No caso de estacas submetidas a esforços transversais ou de tração, somente será possível para comprimentos de armações de no máximo 16m, em função do método construtivo. No caso de armações longas, as "gaiolas" devem ser constituídas de barras grossas e estribo espiral soldado na armação longitudinal para evitar a sua deformação durante a introdução no fuste da estaca.

Comungo com o autuante no sentido de que a mercadoria autuada por se tratar de “armadura de aço para estaca hélice” foi erroneamente classificada na NCM 7215100 (outras barras de ferro), pois da forma como descrita no DANFE depreende-se que reúne três itens (barras de aço, estribos circulares e fios de arame cozido) na formação da armação, que é colocada na “estaca hélice” de concreto, esta sim, que é moldada no local da obra. Ressalto que a armação tanto pode ser feita no local, como fora, do local da obra. No caso, estamos diante de uma armação que já foi pronta para a obra.

Portanto, por se tratar a mercadoria autuada de “armadura de aço para estaca hélice”, a mesma deveria ter sido classificada na Tabela TIPI no código NCM adequado à mercadoria produzida fora do canteiro de obras, qual seja 7308.40.00.

Desta forma, entendo que não deve ser acatada a tese de defesa de que se trataria de prestação de serviços relacionados a engenharia civil, de modo que o fornecimento de mercadoria adquirida de terceiros para emprego na obra não sofreria a incidência de ICMS, tomando por fundamento a Lista de Serviços estabelecida pelo Decreto-lei nº 406/68, com as alterações posteriores, a montagem industrial somente se considera serviço quando os materiais a serem montados forem pertencentes ao usuário do serviço. Por interpretação a contrário *sensu*, se os materiais são fornecidos pelo prestador do serviço, não se trata de “serviço”, e sim de “industrialização”.

Em que pese a tese da defesa em sustentar que se trata de prestação de serviços relacionadas a engenharia civil, elétrica e mecânica não sujeitos ao ICMS, tal tese não logrou êxito, restando

evidenciado, que são mercadorias os materiais fornecidos pelo prestador de serviços, não se tratando de serviço, mas sim de industrialização.

Nestas circunstâncias, concluo que os argumentos defensivos não são capazes para elidir a presunção de legitimidade da autuação, e restando caracterizada a infração, qual seja, “falta de destaque do ICMS nas operações de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços de mercadoria produzida fora do local da obra”, concluo pela subsistência da infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, mantendo-se a multa aplicada por está prevista no artigo 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0003/14-6**, lavrado contra a **TECNOSONDA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.557,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR