

PROCESSO - A.I. Nº 03151489/96
RECORRENTE - ENGEMASE - ENGENHARIA MANUT. E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1ª CJF nº 2135-11/01.
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 18/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0131-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausência de decisão de Câmara que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Impossibilidade de acolhimento, a título de paradigma, de decisão oriunda de Junta de Julgamento, ante a ausência de previsão legal. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Revista, interposto pelo autuado, por discordar da Decisão contida no Acórdão CJF Nº 2135-11/01, da 1ª Câmara, que julgou NÃO PROVIDO os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, mantendo, na íntegra, a Decisão da 1ª Instância, que considerou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração. No Recurso, o autuado apresenta suas razões contra a Decisão relativa ao item 01, que trata, segundo o autuante, de comercialização de mercadorias tributadas, como se fossem não tributadas, deixando de recolher o imposto devido. Houve, na ótica do fisco, fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, compreendidos na competência tributária dos municípios e com indicação expressa de incidência do ICMS, como definido em Lei Complementar. Diz o autuado que:

- 1- É estabelecimento prestador de serviços de manutenção industrial: reparos industriais; de conserto de peças e equipamentos; de projetos de instalações industriais; de execução de obras de Engenharia Civil; de fornecimento de mão de obra especializada em construção civil; de locação de equipamentos e máquinas de emprego na construção civil e de consultoria em administração de materiais para emprego na construção civil, não restando dúvidas de que é empreiteira, ou subempreiteira, de obras de engenharia.
- 2- Os contratos firmados com seus clientes são de empreitada, ou subempreitada ou de obras de engenharia civil e os materiais adquiridos para emprego nas obras que lhe são contratadas não se constituem em ato de comércio pois não se destinam à mercancia, pois a atividade exercitada é amparada por uma relação civil de fato, ou seja, o atendimento direto das necessidades de pessoas físicas e/ou jurídicas, sem intermediações. Os materiais empregados em obras contratadas de engenharia, por empreitada, não são condizentes a um contrato de compra e venda de mercadorias.

- 3- Da análise dos itens 32 e 72 da lista de serviços, a que se refere a Lei Complementar nº 56, de 15/12/87, verifica-se que os serviços de empreitada ou subempreitada, relativamente às obras de engenharia, para o atendimento de serviços auxiliares, ou complementares, estão ali amparados, ainda mais no caso específico, tratando-se de Engenharia Metalúrgica (caldeiraria de tubulações pesadas).
- 4- Se torna necessária diligência junto ao CREA-BA , com apoio do CORECON e do CRC e da OAB, para que profissionais habilitados e qualificados desses órgãos esclareçam as dúvidas existentes quanto à sua atividade.
- 5- A DITRI, ou a ASTEC, ficam convidadas a formularem seus quesitos para a realização da diligência, em contraponto aos 18 quesitos que apresenta.
- 6- Em recente Parecer de nº 2257/2000, a DITRI, respondendo a sua consulta, entendeu que a preparação técnica, em tubulações hidráulicas, realizadas em seu próprio estabelecimento e empregadas por ela em obras de construção civil, não é atividade alcançada pelo ICMS.
- 7- As atividades, em comparação com o Auto de Infração ora discutido, são idênticas do ponto de vista fático legal, pois a caldeiraria pesada, para uso industrial sob regime de encomendas contratadas pelos tomadores dos serviços, também são como aqueles integrantes do item 72 da Relação de Serviços.
- 8- Solicita diligência à DITRI para que emita Parecer técnico para esclarecimento das questões colocadas, que deve reafirmar o Parecer GECOT retromencionado.
- 9- A Decisão contida no Acórdão CJF nº 0980/99, de lavra da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, é a paradigma que apresenta, pois o Auto de Infração lavrado contra a Cremon Caldeiraria Revestimento e Montagem Ltda, versa sobre a mesma temática e foi julgado IMPROCEDENTE, no item coincidente com o do presente lançamento.

Após afirmar que a movimentação esporádica da conta gráfica do ICMS não significa que seja contribuinte do mesmo e comentar, com riqueza de detalhes, o significado que hoje se dá, no mundo jurídico à confissão e rebater um a um os itens do Auto de Infração, onde diz não ser contribuinte do ICMS, a Empresa pede seja o Recurso PROVIDO para que se julgue IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 825, após análise, opina pelo CONHECIMENTO do Recurso, tendo opinado, quanto ao mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo, pois “as propostas de preços oferecidas pelo autuado revelam que a encomenda versava sobre a fabricação de mercadorias (fls. 70, 74, 82)”. Além disso, salienta a PROFAZ, “acrescente-se ainda, o fato do autuado ser contribuinte normal do ICMS e sua escrita demonstrar habitualidade na fabricação e comercialização desses tipos de mercadoria”.

VOTO VENCIDO

A Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, dentro dos recentes conceitos emanados pela própria, deve ser um órgão julgador que pacifique entendimentos divergentes e não uma terceira instância, onde se analisem, novamente, assuntos do próprio Auto de Infração, que já tenham sido objeto de julgamento pelas Instâncias anteriores. No entanto, entendo que quando existam dúvidas quanto a determinados pontos, que são cruciais, para decidir questões relativas aos Autos de Infração, não deve haver impedimentos para a realização de diligências solicitadas

pelos que se sintam prejudicados. No presente caso, apesar do que consta no voto do ilustre Relator da 1ª Câmara Julgamento Fiscal, entendo que há dúvidas quanto à real condição do autuado, relativamente à sua condição de contribuinte, se do imposto estadual ou do municipal, relativamente às atividades que exerce. É verdade que o autuado escritura os livros exigidos pelo ICMS, efetuando recolhimentos do mesmo, alguns deles, inclusive, de modo equivocado, a menos, que não condizem com os valores lançados nos seus livros, o que motivou parte do Auto de Infração ora discutido. Esse procedimento da Empresa, escriturar livros relativos ao ICMS, pagando os impostos, mesmo de modo irregular, a meu ver, prova que a mesma se considera contribuinte do ICMS, mesmo que em parte das suas atividades. Realmente, considero que a eventualidade da venda de produtos metalúrgicos, não determina ser o autuado contribuinte do ICMS relativamente às atividades que exerça e que são alcançadas por outro imposto, no caso o municipal, ISS, cujo fato gerador é a prestação de serviços. A atividade mista é uma possibilidade prevista no próprio RICMS. No caso, entendo que as dúvidas quanto ao tema não foram eliminadas pois a simples ocorrência de algumas vendas, que realmente teriam que ser tributadas pelo ICMS, como as apontadas pelo Relator da Decisão Recorrida, não têm o condão de estender às transações onde o serviço foi o negócio efetuado, a mesma situação tributária. É necessário, a meu ver, que se esclareça se todos os negócios efetuados pela Empresa são realmente fatos geradores do ICMS. Por isso, voto pelo deferimento da diligência solicitada, para que a ASTEC, “in loco” e à luz dos documentos da Empresa, verifique se, efetivamente todos os lançamentos feitos pelo autuante, relativos ao item 1, questionado pelo contribuinte, referem-se a operações tributadas pelo ICMS, devendo ser elaborado demonstrativo onde se possa verificar, separadamente, quais as operações tributadas pelo imposto estadual e pelo imposto de competência municipal.

Quanto à admissibilidade do Recurso, se vencido no deferimento da diligência, entendo que a Decisão trazida como paradigma, de nº CJF nº 0980/99, contém e satisfaz os requisitos de admissibilidade exigidos no RPAF pois os assuntos tratados são idênticos ao do item 1 do presente Auto de Infração e as decisões são divergentes. Sendo assim, voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL do Recurso de Revista apresentado, pois a Empresa não apresentou os paradigmas relativos às outras infrações que questionou no Recurso, não podendo, por isso, ser conhecido integralmente.

Quanto ao mérito, pelo contido no processo, entendo não ter restado comprovado, sem dúvidas, de que o autuado é realmente contribuinte do ICMS, no que diz respeito às imputações do item 01 do Auto de Infração. A consulta feita pelo mesmo à DITRI, a respeito de atividade que exerce é fato merecedor de análise, pois se o assunto questionado no presente Auto de Infração não é exatamente o mesmo daquele objeto da consulta, entendo ser possível considerá-lo como parâmetro pois resta fora de dúvidas que o autuado exerce alguma atividade que não é tributada pelo ICMS. Não se pode ignorar que as atividades exercidas pelo autuado constam da Lista de Serviços, o que não autoriza a cobrança do citado imposto. Do presente processo constam provas de que o autuado exerce atividade de prestação de serviços ligados à área de Engenharia. Sendo assim e pelo contido no processo, entendo que não está nele definitivamente comprovada a condição do autuado, de contribuinte do ICMS, com relação ao item 1 do Auto de Infração. Por isso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Revista pois o referido item é IMPROCEDENTE assim como os outros com ele relacionados.

VOTO VENCEDOR

Peço vênias para divergir do entendimento externado pelo ilustre Conselheiro-Relator do presente PAF por entender que não foram preenchidos pelo recorrente os requisitos necessários à admissibilidade do Recurso de Revista. Esta análise é de fundamental importância nesta espécie recursal já que a legislação tributária estadual prevê que antes do exame do mérito seja

observado se o recorrente atendeu ao requisito para sua admissibilidade, previsto no art. 146, inciso II, “a”, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), com a nova redação dada pela Lei nº 7.438/99. Dos exames efetuados chego as conclusões que passo a expor.

Com esse objetivo, destaco a imputação constante na inicial, referente a infração 1, já que, em relação as demais, o recorrente não indicou qualquer Decisão para ser tomada como paradigma, situação esta reconhecida pelo próprio relator, portanto, superada. Com isso, a infração 1 assim se apresenta:

“Contribuinte comercializou mercadoria tributada como não tributada, deixando de recolher o ICMS devido tempestivamente (fornecimento de mercadoria com prestação de serviços, compreendido na competência tributária dos municípios e com indicação expressa de incidência do ICMS, como definido em Lei Complementar (anexo 1))” (sic).

A 1ª CJF decidiu pela procedência da autuação em relação a este item por considerar que: “estão presentes nos autos documentos suficientes para formar o meu convencimento (do relator), sendo desnecessário a realização da diligência suscitada pelo recorrente já que os elementos materiais juntados aos autos atestam que se trata de um caso típico de fornecimento de materiais produzidos pelo próprio prestador dos serviços, fora do local da obra.” Foi ainda destacada a condição de contribuinte normal do ICMS, aqui também reconhecida pelo ilustre relator deste PAF, apontando que o recorrente realiza, com habitualidade, operações de compras para comercialização e de vendas de produtos industrializados, operações sujeitas a incidência do ICMS, conforme indicam os livros fiscais juntados aos autos.

Levou-se, ainda, em consideração, as diversas propostas de preços juntadas aos autos, que atestam que o recorrente adquire produtos em mãos de terceiros, transforma-os de acordo com o pedido de cada cliente e após os revende, concluindo pela existência de uma operação tipicamente industrial. Considerou-se, também, que em razão as inúmeras propostas de compras juntadas aos autos esclareceram plenamente a autuação/infração detectada, razão pela qual negou-se a diligência solicitada. Decidiu-se, por fim que o fato se caracteriza como fornecimento de material pelo construtor civil e por este produzida fora do local da obra, configurando-se operações sujeitas à tributação do ICMS.

Estes comentários iniciais considero necessários vez que, farei em seguida o confronto da Decisão acima com o Acórdão nº 0980/99 da 1ª CJF apresentado em paradigma a fim de verificar a existência de identidade nos casos confrontados.

À leitura do teor do Voto da 5ª JJF mencionado no contexto do Acórdão nº 0980/99, tem-se que, ao contrário da atividade que desenvolve o recorrente deste PAF, o autuado pertinente ao Auto de Infração nº 108603.0001/99-7 (paradigma) exercia as atividades de: recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres de objetos não destinados à industrialização ou comercialização”. Está dito que tais serviços são prestados em equipamentos integrantes do Ativo Imobilizado de outras empresas. A Decisão foi no sentido de que tais atividades se enquadram no item 72 da Lista de serviços anexa do D. Lei nº 406/68 e alterações posteriores.

Comparando as Decisões, Recorrida e Paradigma, vejo que não se configura divergência de entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara do CONSEF, conforme estabelece o art. 169, II, “a”, do RPAF já que, em relação a Decisão Recorrida os julgamentos foram no sentido de que os fornecimentos dos materiais pelo recorrente, cujas comprovações estão presentes nos autos, integram o campo de incidência do ICMS. Já na Decisão

paradigma, restou caracterizado que os serviços prestados pelo autuado estão sujeitos à tributação pelo ISS. Logo, não há identidade nos casos confrontados já que, no primeiro se verifica o fornecimento de materiais produzidos fora do local da obra enquanto o segundo refere-se a prestação de serviços em equipamentos pertencentes ao ativo imobilizado de terceiros. Entendo que se tratam de situações distintas.

De sorte que, ao meu entender, a Decisão Paradigma não se refere à mesma questão jurídica constante na Decisão Recorrida, consoante está acima demonstrado. Com isso, o recorrente não preencheu o requisito previsto no art. 169, II, “a”, do RPAF/BA em vigor, o que me leva, com fundamento no art. 146-A, inciso III, do COTEB e no art. 173, III, do aludido RPAF, a votar pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista.

Quanto a menção ao pedido de diligência e a questão de mérito suscitada pelo ilustre Relator em seu Voto, entendo que, face ao posicionamento acima externado, ficam prejudicados ante a impossibilidade deste tipo de análise ante o NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **03151489/96**, lavrado contra **ENGEMASE - ENGENHARIA MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.065,48**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 30% sobre R\$8.663,61, 50% sobre R\$12.970,61, 60% sobre R\$4.132,95 [R\$4.132,957], previstas, respectivamente, no art. 61, I, “a”, II, “a” e “b”, III “b” e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, alterada pelo art. 4º, da Lei nº 6.934/96 e 150% sobre R\$298,31, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, por ser mais benéfica, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone Oliveira Martins, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão, José Carlos Barros Rodeiro, José Carlos Boulhosa Baqueiro, Verbena Matos Araújo e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO- REPR. DA PROFZ