

PROCESSO - A.I. Nº 232884.0011/00-8
RECORRENTE - MCE ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1^a CJF nº0228-11/02
ORIGEM - INFRAZ CAMAÇARI
INTERNET - 30/10/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0160-21/02

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 consequente demonstração da identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. A decisão invocada diz respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Após julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, realizados pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão Recorrido pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos. O Contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso de Revista argüindo:

Que quanto à admissibilidade do Recurso de Revista interposto, demonstra nesta peça recursal a ocorrência de divergência de interpretação da mesma matéria fática e jurídica no caso dos autos com o Acórdão CJF nº 0980/99, cuja cópia está acostada à presente peça.

É importante salientar que ambos os Acórdãos foram proferidos pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, o que não obsta a interposição do atual Recurso, tendo em vista a necessidade da uniformização das decisões dentro das próprias Câmaras, em primeiro lugar.

Pelos princípios da ampla defesa e da verdade material, amplamente aplicáveis ao processo administrativo fiscal, entende a empresa que o Recurso deve ser admitido, superadas as excessivas formalidades legais que poderiam atentar contra o exercício do seu direito.

Passando ao confronto das decisões, transcreve a Decisão Recorrida e as Decisões nºs 0980/99 e 0456/99, oferecidas como paradigmas face ao confronto com a hostilizada.

ACÓRDÃO 1^a CJF Nº 0228-11/02 (RECORRIDO) RECURSOS OFÍCIO E VOLUNTÁRIO.

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A penalidade por descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa relativa ao inadimplemento da obrigação principal, objeto de outro item do procedimento fiscal. Autuação insubstancial. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Não

acatada a tese de que se trataria de prestação de serviços relacionados a engenharia civil, elétrica e mecânica, de modo que os fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros para emprego nas obras não sofreriam a incidência de ICMS, tomando por fundamento o art. 542, II, do Regulamento. Nos termos da Lista de Serviços estabelecida pelo Decreto-lei nº 406/68, com as alterações feitas pela Lei Complementar nº 56/87, a montagem industrial somente se considera serviço quando os materiais a serem montados forem pertencentes ao usuário do serviço. Por interpretação a contrario sensu, se os materiais são fornecidos pelo prestador do serviço, não se trata de "serviço", e sim de "industrialização". Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E TERMOS DE OCORRÊNCIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Inexistência de dolo, fraude ou simulação. Caracterizada a infração, mas cancelada a multa, com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. 3. LIVRO CONTÁBIL. DIÁRIO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Pelo teor da informação fiscal, o fisco teve acesso à contabilidade da empresa, tanto assim que concluiu que as Notas Fiscais analisadas não foram registradas na escrita fiscal, tendo sido lançadas apenas no sistema contábil. Assim, o contribuinte apresentou ao fisco a sua escrita contábil, embora o tenha feito extemporaneamente. A autuação está correta, cancelando-se, porém, a multa, com base nos mesmos fundamentos do tópico precedente. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

Acórdão 1^a CJF nº 0980/99 (PARADIGMA) RECURSO DE OFÍCIO.

"ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. A prestação de serviços de revestimentos com aplicação de materiais em peças ou equipamentos que não serão posteriormente comercializados ou industrializados está sujeira ao ISS. Acusação fiscal insubstancial. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Cabe a exigência do imposto, uma vez que ficou caracterizado o cometimento da infração. Auto de Infração julgado PROCEDENTE EM PARTE. Recurso NÃO PROVADO, para manter e homologar a decisão recorrida. Decisão unânime."

Acórdão 1^a CJF nº 0456/99 (PARADIGMA) RECURSO DE OFÍCIO

"ICMS. 1. CONSTRUÇÃO CIVIL. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Não incide o ICMS sobre o fornecimento de materiais (paralelepípedos) e meios-fios) utilizados em serviços de pavimentação de ruas, os quais não foram produzidos pelo prestador do serviço fora do local da obra. Infração insubstancial. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DE MATÉRIAS PRESTADOS POR AUTÔNOMO. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença a recolher comprovada através de diligências fiscais. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Ficou comprovada tratar-se de remessa de matérias, adquiridos de terceiros, para canteiro de obras, operações sobre as quais não incide o ICMS. Cabe a aplicação da multa de 3 UPFs –BA pela escrituração irregular dos livros fiscais. 4. CRÉDITO FISCAL. MATÉRIAS PARA FORNECIMENTO EM OBRAS DE CONSTRUÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. É inadmissível o creditamento, entretanto, ficou comprovada a ocorrência de mera escrituração irregular. Infração insubstancial nos itens 1º, 3º e 4º do Auto de Infração, julgado PROCEDENTE EM PARTE. Recurso NÃO PROVADO, para manter e homologar a decisão recorrida. Decisão unânime."

Em que pese aparentemente a 1^a CJF não ter enfrentado, nas ementas transcritas, exatamente a questão suscitada neste Recurso, da análise conjunta das decisões ficou definido o ponto nevrálgico da questão, qual seja: *A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NO FORNECIMENTO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUJEITOS AO ISS.*

Ao contrário do decidido no caso dos autos, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal vem reiterando posicionamento no sentido de que, estando demonstrado que se trata de fornecimento de mercadoria adquirida de terceiro em prestação de serviço sujeita exclusivamente à incidência do ISS, não há que se falar em emissão de Nota Fiscal de venda ou tributação pelo ICMS, conforme acima transcrito.

Assim, Nobres Julgadores, pela simples transcrição das ementas acima fica cabalmente demonstrado o dissídio jurisprudencial necessário a possibilitar o trâmite do recurso de revista aqui apresentado, já que satisfeitos os requisitos legais estabelecidos no RPAF, especialmente a fácil demonstração dos trechos dos Acórdãos anexos, que provam a divergência e mencionam as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Preclaros Conselheiros, vê-se de forma clara e tranqüila a ocorrência da exigida comprovação do dissídio jurisprudência, onde a mesma Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF decidiu de maneira divergente sobre a impossibilidade de tributação pelo ICMS no fornecimento de mercadorias por prestador de serviço, conforme acima relatado.

Assim exposto, *demonstrada cabalmente a existência de dissídio jurisprudencial e o preenchimento dos requisitos legais para a sua demonstração, o Contribuinte vem à presença do Conselho, requerer o conhecimento do presente Recurso de Revista, para lhe dar seguimento, visando a apreciação DP mérito do Recurso.*

Quanto ao mérito da questão, evitando tornar esta peça enfadonha e cansativa para tão atarefados Julgadores, o Contribuinte reitera todos os argumentos veiculados na peça contestatória e especialmente no Recurso Voluntário protocolado no dia 15 de abril de 2002, que demonstra a completa improcedência do Auto de Infração combatido.

Nesta oportunidade, aproveita o Recorrente para chamar a atenção dos Srs. Julgadores acerca de absurda ilegalidade que pode ocorrer caso não seja provido o presente Recurso. É que pretende o fisco estadual exigir o recolhimento do imposto que considera devido pelas saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, calculando o imposto devido mediante aplicação da alíquota interna (17%) sobre o suposto valor das saídas, acrescido da multa de 70%.

Ocorre que se esquece o autuante ou não quis se lembrar, de que *se pretende tratar o Recorrente como um contribuinte do ICMS, exigindo-lhe imposto por saída de mercadorias, não pode deixar de aplicar o constitucional princípio da não-cumulatividade, basilar do ICMS, segundo o qual o imposto devido em cada operação será compensado com o montante cobrado na operação anterior.*

Dessa forma, para achar o valor supostamente devido a título de ICMS, *não poderia simplesmente o fiscal autuante aplicar a alíquota interna sobre o total das saídas.*

Deveria, em homenagem ao princípio constitucional acima comentado, abater do valor encontrado o montante total dos créditos fiscais, representados pelo valor do imposto destacado nos documentos de aquisição dos materiais, O QUE DE LOGO FICA REQUERIDO ATRAVÉS DE NOVA DILIGÊNCIA POR FISCAL ESTRANHO AO FEITO.

De todo o exposto, após demonstrações cabal do preenchimento dos requisitos necessários ao trânsito do Recurso de Revista, o Recorrente requer que os Doutos Conselheiros dessa Câmara Superior reforme o Acórdão guerreado da 1^a CJF, com base em completa improcedência do Auto de Infração combatido., no que se refere à impossibilidade de tributação nos fornecimentos de matérias por prestadores de serviços sujeitos exclusivamente à incidência do ISS, como sabiamente decidiu a 1^a CJF , quando da publicação dos Acórdãos 1^a CJF nºs 0980/99 e 0456/99.

Requer ainda, com fulcro no artigo 145 do RPAF/BA, a realização de nova diligência, nos termos expostos no Recurso Voluntário apresentado.

Por fim, caso não acolhidos as pretensões acima aduzidas, requer sejam abatidos do total do imposto supostamente devido, previsto no Auto de Infração, o valor relativo aos créditos fiscais, de acordo com os valores destacados nas Notas Fiscais de aquisição.

A PROFAZ forneceu Parecer de fls, 964 a 966, nos seguintes termos:

“Analizando a admissibilidade do Recurso de Revista, vislumbramos que na peça recursal o Recorrente indica como paradigma os Acórdãos nºs 0980/99 e 0456/99, que não guardam identidade jurídica com a decisão ora recorrida.

As decisões trazidas como paradigmas referem-se em síntese à prestação de serviços em construção civil, onde restou, consignada a não incidência do ICMS no fornecimento de mercadorias adquiridas de terceiros na prestação de serviços sujeitos ao ISS.

A Decisão Recorrida, descrita no item 2 do Auto de Infração, trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques.

Em que pese a tese da defesa em sustentar que trata-se de prestação de serviços relacionadas a engenharia civil, elétrica e mecânica não sujeitos ao ICMS, tal tese não logrou êxito, restando evidenciado, inclusive respaldado em Parecer da ASTEC, que são mercadorias os materiais fornecidos pelo prestador de serviços, não se tratando de serviço, mas sim de industrialização.

Nesse sentido, entende a Procuradoria que as decisões confrontadas não guardam entre si identidade jurídica.

A redação atual do art. 169, II, “a” do RPAF/99, cujos efeitos iniciaram-se em 01/01/2001, reclama para a admissibilidade do Recurso de Revista, dentre outros requisitos, a existência de decisões divergentes sobre casos idênticos. Veja-se o artigo mencionado *in verbis*:

*“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:
(...)*

II – para a Câmara Superior:

a) – recurso de revista, quando a decisão de qualquer Câmara divergir da interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, devendo ser demonstrada pelo recorrente o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados;

Portanto, pela intelecção do dispositivo supra citado, exigi-se para a admissibilidade do Recurso de Revista a existência de decisão que verse sobre idêntica matéria e que tenha sido julgada de forma divergente entre as Câmaras do CONSEF ou entre as Câmaras e a Câmara Superior.

Não tendo o Recorrente trazido aos autos decisão que guarde identidade jurídica com a Decisão Recorrida, torna-se impossível o conhecimento do presente recurso.

Dante do exposto, o opinativo da Procuradoria é pelo não conhecimento do presente Recurso de Revista.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que os Acórdãos 1^a CJF nºs 0980/99 e 0456/99 não guardam nenhuma identidade jurídica com a Decisão emanada do Acórdão hostilizado, pois os Acórdãos oferecidos como paradigmas dizem respeito à não incidência de ICMS no fornecimento de mercadorias adquiridas de terceiros, na prestação de serviços sujeitos apenas ao ISS em Construção Civil. Enquanto o Acórdão da Decisão Recorrida refere-se à falta de recolhimento do ICMS relativo a saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, que foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques. Observo

que a ASTEC, em diligência efetuada, afirmou em Parecer constante nos autos que os materiais que originaram o lançamento de ofício são mercadorias industrializadas pelo prestador de serviços.

Assim, entendendo que não ficou provada e demonstrada a identidade jurídica entre o Acórdão Recorrido e os paradigmáticos. Por isso, não tendo sido atendida pelo sujeito passivo a norma do art. 169, II, “a” do RPAF/99, concedo o meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista, face a inexistência de admissibilidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que ratificou em julgamento a **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração nº 232884.0011/00-8, lavrado contra **MCE ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$196.118,01**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, ficando canceladas as multas de **10 e 22 UPFs-BA**, previstas no art. 42, XX, com fundamento no § 7º, do art. 42, da já citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR.DA PROFAZ