

A. I. Nº - 281508.0394/01-9
AUTUADO - RUST ENGENHARIA LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE.
INTERNET - 06. 03. 2002

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0056-04/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS. Não cabe a exigência do imposto por substituição tributária quando as mercadorias forem destinadas a utilização na prestação de serviços. Infração não caracterizada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/10/2001, exige ICMS no valor de R\$ 3.646,97, em razão das mercadorias constantes da Nota Fiscal 006427, estarem enquadradas no Convênio ICMS nº 74/94, circulando desacompanhada da GNER.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 38 a 43 dos autos alegou, inicialmente, que é uma empresa prestadora de serviços de engenharia no campo da construção civil, projetos, consultoria, locação de mão de obra por conta própria ou de terceiros e serviços de impermeabilização. Salienta que para consecução do seu objetivo social, adquire materiais de construção de terceiros para empregá-los nas obras em que é contratada, em outros Estados da Federação e, até mesmo, em outros países.

Prosseguindo em sua defesa, aduz a que autuação foi indevida, uma vez que contraria o que preceitua o art. 6º, XIV, “f”, cumulado com o art. 542, II e III do RICMS/BA, com a última alteração dada pelo Decreto nº 8040/01, oportunidade em que transcreveu o teor dos referidos dispositivos, seus incisos e alíneas, além do inciso XIV, do art. 3º, da Lei nº 7014/96, em apoio ao alegado.

Argumenta com base nos dispositivos acima indicados, que o ICMS não incide na movimentação de materiais de construção adquirido por empresa de engenharia civil, quando transferidos para o local da obra.

Para corroborar o seu entendimento, esclarece que formulou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado de S. Paulo, a fim de cientificar-se do posicionamento do Fisco Paulista acerca do assunto, cuja resposta foi nos seguintes termos:

“a.1) o envio de materiais adquiridos de terceiros do estabelecimento da consulente para as obras localizadas em outros Estados e no exterior deverá ser feito com emissão de **Nota Fiscal sem incidência do ICMS, nos termos do artigo 465, III, do RICMS**, aprovado pelo Decreto nº 33.118/91;

a.2) uma vez que a operação de remessa interestadual desses materiais não é onerada pelo imposto neste Estado, ou seja, **não há aplicação de alíquota para sua tributação, descabível a exigência do diferencial por parte do Estado de destino das mercadorias;**”

Com base na resposta acima, entende que o ICMS não incide nos casos questionados pela empresa, a teor do que dispõe o art. 465, II , do RICMS/SP.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 83 a 85 dos autos fez, inicialmente, um relato dos fatos que ensejaram a autuação e dos argumentos defensivos.

Em seguida, sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

1. que o autuado não prova qualquer uma de suas alegações, ou seja, de que é uma empresa meramente de prestação de serviços, bem como a existência de contrato de empreitada com empresa localizada no Estado da Bahia;
2. que a empresa autuada localiza-se na cidade de Diadema, Estado de S. Paulo, conforme consta na Nota Fiscal nº 006427 de sua emissão, cujas mercadorias tinha como destinatário a própria empresa, as quais estavam circulando neste Estado, na BR-316, no Posto Fiscal João Durval Carneiro, distante cerca de 25 KM. de Feira de Santana, portanto, sem destinatário certo, infringindo o disposto no art. 632, do RICMS/97;
3. que as mercadorias objeto da ação fiscal, estão incluídas no Convênio ICMS 74/94 e de acordo com a sua Cláusula primeira, é devido o ICMS por substituição tributária, mesmo que se destine para uso e consumo do destinatário, oportunidade em que transcreveu o teor da referida cláusula, em apoio ao alegado;
4. que mesmo que o autuado houvesse provado a sua condição de prestador de serviços e a existência de contrato de empreitada com empresa localizada no Estado da Bahia, portanto, fora do campo de incidência do ICMS, o art. 540, do RICMS/97, só autoriza a movimentação de materiais a empresa regularmente inscrita no Estado da Bahia. Transcreve o teor do artigo acima indicado, para embasar o seu argumento.

Ao concluir, diz que mesmo que a empresa prove a sua condição de mera prestadora de serviço, deixou de cumprir formalidades essenciais, fazendo remessa de mercadorias a empresa inexistente no Estado da Bahia, o que equipara a operação à venda de mercadorias a não contribuintes, passível de cobrança da antecipação tributária interna, a teor do art. 125, II, do RICMS/97, pelo que requer o julgamento procedente do Auto de Infração.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão de operação com mercadorias enquadradas no Convênio ICMS nº 74/94, desacompanha da GNER.

Após a análise das peças que compõe o PAF, constato que razão assiste ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - ao contrário do que foi aduzido pelo autuante em sua informação fiscal, restou comprovado nos autos pelo autuado às fls. 44 a 58 (Contrato Social e Alteração Contratual), que o seu objetivo social é a execução de serviços de engenharia no campo da construção civil, projetos, consultoria, etc. Além deste fato, o autuado também comprovou através do Contrato às fls. 72 a 77, que foi contratada pela PETROBRÁS neste Estado, para executar serviços de revestimentos de fibra de vidro em tanques no Núcleo de Produção Norte, cujo contrato foi firmado em 23/11/2000, com prazo de duração de 365 dias, o qual poderá ser prorrogado mediante acordo entre as partes. Ressalto que a presente autuação ocorreu em 05/10/2001, ou seja, dentro do prazo da vigência do contrato, o que comprova que os materiais se destinavam à execução dos serviços contratados;

II - o fato do autuado está localizado em Diadema — SP e de haver indicado na Nota Fiscal nº 004627 de sua emissão a própria empresa como destinatária das mercadorias, foi em razão do

contribuinte haver formulado consulta a Secretaria da Fazenda do Estado de S. Paulo, no sentido de esclarecer como deveria proceder quando da remessa de materiais adquiridos de terceiros para obras localizadas em outros Estados e no exterior, cuja resposta foi nos seguintes termos:

“a.1) o envio de materiais adquiridos de terceiros do estabelecimento da consulente para as obras localizadas em outros Estados e no exterior deverá ser feito com emissão de **Nota Fiscal sem incidência do ICMS, nos termos do art. 465, III, do RICMS**, aprovado pelo Decreto nº 33.118/91.

a.2) uma vez que a operação de remessa interestadual desses materiais não é onerada pelo imposto neste Estado, ou seja, **não há aplicação de alíquota para sua tributação, descabível a exigência do diferencial por parte do Estado de destino das mercadorias;**”

III – embora as mercadorias objeto da autuação segundo o autuante estejam incluídas no Convênio ICMS 74/94, o RICMS/97, em seu art. 355, IV, dispõe que não se fará a antecipação tributária, quando se destinarem a estabelecimento prestador de serviços de qualquer natureza, situação que se enquadra o contribuinte;

IV – acerca da alegação do autuante, segundo a qual só está autorizada a movimentar materiais a empresa regularmente inscrita neste Estado, conforme dispõe o art. 540, do RICMS/97, entendo sem fundamento. É que de acordo com a regra do art. 543, II, “b”, a inscrição na condição de contribuinte é opcional, quando a empresa se dedicar, unicamente, à prestação de serviço em obras de construção civil mediante contrato de administração, fiscalização, empreitada, ou subempreitada, sem fornecimento de materiais ou apenas com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros, requisitos que se encaixa o contribuinte.

Com base na explanação acima, considero equivocada a autuação e voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281508.0394/01-9, lavrado contra **RUST ENGENHARIA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR