

PROCESSO - A. I. N ° 276468.0050/99-1
RECORRENTE - ENGEN - ENGENHARIA E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 0883/01
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 22.04.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0026-21/03

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para 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 que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Superior. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista apresentado pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0883/01, originário da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário anteriormente interposto, alterando, em parte, a Decisão da 1ª Instância de Julgamento.

Os itens 2 e 3, aos quais pretende o recorrente alcançar com seus argumentos na presente peça recursal, estão postos no Auto de Infração na forma abaixo:

- Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no período de janeiro/94 a abril de 1996, no valor de R\$116.379,93;
- Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, de operações de vendas não registradas nos livros fiscais próprios, relativo as notas fiscais com o imposto destacado, no período de abril de 1996 a dezembro de 1998, no valor de R\$167.210,64.

A Decisão ora recorrida traz em seu bojo a ementa abaixo reproduzida:

“EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) EXTRAVIO. MULTA. Modificada a Decisão. Absorvida a multa formal pela multa da infração principal. Infração insubsistente. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao ICMS. É devido o imposto. Infração caracterizada. c) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração devidamente caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. 3. DIFERIMENTO. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é responsável por substituição, relativamente ao imposto, cujo lançamento se

*encontrava diferido. Não sendo comprovado o pagamento do imposto pelo fornecedor, a responsabilidade é do destinatário. Infração caracterizada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.”*

Também a Decisão recorrida, em relação às infrações 2 e 3, tomou como parâmetro os termos consignados no Voto a seguir reproduzido:

“Quanto ao item 2 relativo a falta de recolhimento do imposto em razão da prática de operações tributadas lançadas como não tributadas, verifica-se das notas fiscais carreadas ao PAF, que o recorrente realiza um significativo volume de vendas de mercadorias tributadas, destacando o imposto nas referidas notas fiscais, que exemplificativamente o diligente fiscal cita, que constam das fls. 36, 37, 38, 42, 46, 48, 49 e 52 dos autos. Assim, compulsando os mesmos, verifico que o autuado não demonstra que tais operações não são tributadas. A não realização da diligência deveu-se ao fato do autuado não apresentar a documentação.

Assim, o número significativo de notas fiscais de saídas cuja operação de venda com ICMS destacado nas mesmas, para as empresas TIBRAS TITANIC DO BRASIL S/A, DETEN QUÍMICA S/A, DOW QUÍMICA DO NORDESTE LTDA., TRIKEM S/A, MILLENNIUM INORGANIC CHEMICALS DO BRASIL S/A, não deixa dúvida quanto a operação tributada, e ao acerto da exigência fiscal.

Examinando a documentação carreada aos autos pelo autuante às fls. 26 a 225, constato que as notas indicadas pelo diligente, referem-se a vendas de mercadorias tributadas, nas notas fiscais de fls. 54, 56, 57, 62, 69, 70, 74, 84, 96, 97, 98, 99, 114, 116, 117, 121, 122, 125, 135, 140, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 171, 175, 176, 194, 195, 205, 214, 215, 216, 217, 218, 223, 224, 225.

Relativamente a infração 3, pelas mesmas razões, considero correta a conclusão dos argumentos do diligente fiscal, relativo aos valores do imposto destacado nos documentos fiscais que deveriam ser escrituradas no livro Registro de Saídas. E, quanto aqueles que possibilitasse a utilização do crédito decorrente das devoluções parciais ou totais como forma de anular o débito gerado com a saída da mercadoria. Não consta dos autos as comprovações relativas aos créditos pelo autuado”.

Sob a alegação de que o Acórdão recorrido está em dissonância com o Acórdão nº 0456/99 da 1ª CJF, apresentado em paradigma com o objetivo de atender ao disposto no art. 169, II “a” do RPAF/Ba em vigor, ingressou com Recurso de Revista contra o Acórdão nº 0883/01 da 2ª CJF.

Afirma que o Acórdão da 1ª CJF nº 0456/99 consolida o entendimento de que empresas de construção civil não se sujeitam ao recolhimento do ICMS, por se tratarem de prestadoras de serviços sujeitas ao recolhimento do ISS, ao teor da seguinte ementa:

“EMENTA: 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 insubsistente.** **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MATERIAS PRESTADOS POR AUTÔNOMO. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS.** Diferença a recolher comprovada através de diligências fiscais. **3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Ficou comprovado tratar-se de remessa de materiais, adquiridos de terceiros, para canteiro de obras, cujas operações não incidem o ICMS. Cabe a aplicação da multa de 3 UPFs-BA pela escrituração irregular dos livros fiscais. **4. CRÉDITO FISCAL. MATERIAIS PARA FORNECIMENTO EM OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** É inadmissível o creditamento, entretanto, ficou comprovada a ocorrência de mera escrituração irregular. **Infração insubsistente.** Devolvidas as questões discutidas nos itens 01, 03 e 04 do Auto de Infração, julgado **PROCEDENTE**

EM PARTE. Recurso NÃO PROVIDO para manter e homologar a Decisão recorrida. Decisão unânime”.

Em relação ao mérito alega que possui por objeto social a prestação de serviços de manutenção, instalação e montagem de equipamentos industriais, nas instalações de seus clientes, enquadrando-se nas hipóteses previstas nos itens 32 e 74 da Lista de Serviços anexa ao Decreto Lei nº 406/68, caracterizando suas atividades como contribuinte do ISS e não do ICMS como pretende a autoridade fiscal. Alega invasão de competência por parte do fisco estadual e que dois dos elementos constitutivos da hipótese de incidência tributária do ICMS encontram-se ausentes nos negócios jurídicos que pratica:

- a) o aspecto pessoal (sujeito que realiza operações de circulação de mercadorias;
- b) circulação de mercadorias e serviços de telecomunicações e energia elétrica. Em razão disto, afirma que nada há o que se falar em falta de recolhimento de ICMS por prática de operações tributáveis por este imposto, bem como falta de registro de operações de vendas por se considerar um prestador de serviços e não um comerciante.

Menciona Decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça acerca do entendimento de que a construção civil é atividade sujeita a incidência do ISS, faz alusão aos créditos fiscais que teria direito quando das entradas dos bens em seu estabelecimento, os quais deveriam ser deduzidos do valor do débito exigido no Auto de Infração e requer, ao final, o Conhecimento e o Provimento do Recurso de Revista para que o presente Auto de Infração seja julgado Improcedente.

A Douta PROFAZ emitiu o Parecer de fls. 539 e 540, opinando pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso de Revista por considerar, quanto sua admissibilidade, que o Acórdão 0456/99 da 1ª CJF se adequa ao constante no RPAF, pois afastou a exigência do ICMS ao entendimento de que o autuado se tratava de prestadora de serviço, portanto sujeita ao ISS.

No mérito diz que reitera o Parecer ASTEC, fls. 468 e 469, citando que “ ...a atividade do contribuinte não deveria envolver a venda de mercadorias, todavia os documentos anexados comprovam que realizava venda de mercadorias adquiridas, para o mercado interno, operações estas normalmente tributadas pelo imposto, independentemente da atividade desenvolvida pelo autuado”.

VOTO

Em se tratando de Recurso de Revista, antes de tudo, deve ser 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.

A Decisão ora recorrida, naquilo que pertine ao presente Recurso de Revista, envolve duas infrações, cuja ementa assim se expressa:

- a) *FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao ICMS. É devido o imposto. Infração caracterizada.*
- b) *OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração devidamente caracterizada.*

Já a Decisão relativa ao Acórdão nº 0456/99, apresentada pelo recorrente, a título de paradigma,

trata das seguintes questões:

- 1) Construção civil: Operação tributável, declarada como não tributável. Fornecimento de paralelepípedos e meios fios, não produzidos pelo prestador do serviço fora do local da obra, empregados na pavimentação de ruas;
- 2) Imposto lançado e não recolhido. Neste caso ficou comprovado tratar-se de remessa de materiais adquiridos de terceiros para canteiro de obras, cujas operações não incidem o ICMS.

Confrontando as duas Decisões, entendemos não restar a menor dúvida que inexistiu divergência de interpretação da legislação entre as Câmaras de Julgamento já que, na Decisão paradigma, restou caracterizado que as operações envolvidas na autuação eram, comprovadamente, inerentes a construção civil enquanto que no Auto de Infração em lide não restou configurada esta condição na forma em que, em relação as notas fiscais não escrituradas, a 2ª CJF considerou que as mesmas correspondem a operações de circulação de mercadorias, situação idêntica em relação as operações tributadas, declaradas como não tributadas, não ficando caracterizado que as operações constantes das notas fiscais em que resultou a autuação, relacionavam-se a obras de construção civil. Aliás, tanto isso é verdadeiro, que o recorrente sequer preocupou-se em demonstrar e comprovar a existência de nexo entre as mesmas.

Em consequência, o recorrente não preencheu o requisito para admissibilidade do Recurso de Revista estabelecido pelo art. 169, II, “a” do RPAF/Ba em vigor, o que nos leva a, com a devida vênia, divergir do opinativo da Douta PROFAZ quanto à admissibilidade do Recurso de Revista, e, com fundamento no art. 146-A, inciso III do COTEB bem como no art. 173, III do aludido RPAF, votarmos pelo NÃO CONHECIMENTO do presente 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 276468.0050/99-1, lavrado contra **ENGEN ENGENHARIA E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$302.945,80**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$49.835,228, 60% sobre R\$85.899,939 e 70% sobre R\$167.210,64, previstas nos arts. 61, II, “a”, IV, “a”, 42, II, “f” e III, das Leis nºs 4.825/89 e 7.014/96, respectivamente, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **5 UPFs-BA**, prevista no art. 42, XVII, da Lei nº 7.014/96.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro, Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão, Verbena Matos Araújo, Antonio Ferreira de Freitas e Israel José dos Santos.

VOTO VENCIDO: Conselheiro José Raimundo F. Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFZ