

**PROCESSO** - A.I. Nº 110085.0032/01-8  
**RECORRENTE** - PROMECÂNICA MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0069-04/04  
**ORIGEM** - INFAZ CAMAÇARI  
**INTERNET** - 13.07.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0137-12/04

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. MONTAGENS E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS. Incidência do ICMS sobre materiais empregados não exclusivamente fornecidos pelo tomador do serviço. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto face à Decisão constante do Acórdão JJF nº 0069/04-04, em que foi declarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, a Procedência do Auto de Infração nº 110085.0032/01-8, lavrado em 30/09/02, que exige ICMS no valor de R\$ 121.813,32, em decorrência da falta de recolhimento do imposto em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado, em defesa tempestiva (fls. 205 a 209), suscitara preliminarmente a nulidade do lançamento alegando que inexistiria a infração que lhe foi imputada, que não infringira os artigos 59, 628 e 629 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2694/97, como consta do Auto de Infração, que a prática de operações tributáveis como não tributáveis não estaria tipificada no enquadramento legal utilizado pelo autuante e que o lançamento não conteria elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, uma vez que o autuado é uma empresa prestadora de serviços e não estaria sujeita ao ICMS na totalidade dos seus negócios.

Quanto ao mérito da acusação, o autuado afirmara que as operações objeto da autuação são tributadas pelo ISS, citando como exemplo as Notas Fiscais nºs 100, 109, 123 e 133, cujas operações, no seu entendimento, seriam tributadas apenas pelo imposto municipal e que o serviço consignado na última nota fiscal indicada estaria acobertado pelo Contrato de Prestação de Serviços nº C-012/97, cuja cópia anexa aos autos (fls. 218 a 220).

Alegara que a acusação de venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais de prestação de serviços não se sustentaria por falta de provas concretas e por inocorrência do fato gerador e que o autuante deveria ter especificado as mercadorias que foram vendidas. Às fls. 210 a 217 e 221 a 283, acostara cópia de notas fiscais arroladas na autuação e pedira que o lançamento fosse revisto por auditor fiscal estranho ao feito, solicitando, ao final, que o Auto de Infração fosse declarado nulo.

Em informação fiscal às fls. 286 e 287 o autuante explicara que o motivo da autuação fora a venda de chapas, eletrodos, soldas e ferragens, acobertadas por notas fiscais de prestação de serviço, que o autuado comprara e registrara em seu livro Registro de Entrada sem se creditar do ICMS e que aplicara em várias empresas do Pólo Petroquímico de Camaçari, conforme comprovariam as fotocópias das notas fiscais anexadas ao processo e o livro Registro de Entradas do autuado.

Dissera o autuante que para configurar prestação de serviço, as peças aplicadas deveriam ter sido fornecidas pelas empresas que tomaram os serviços e que a atividade desenvolvida pelo autuado é de venda de mercadorias e que, porém, para evitar controvérsias, não considerara como tal os serviços de recuperação, reforço de estrutura, manutenção, modificação em tubulação, etc. Citara como exemplo as Notas Fiscais de Prestação de Serviços n<sup>os</sup> 247, 444, 443, nos valores de, respectivamente, R\$ 16.000,00, R\$ 21.000,00 e R\$ 60.250,00, além de outras que constam no Anexo II/2003 (fl. 288), questionando como aceitar que essas notas, de valor altíssimo, fossem somente de prestação de serviços sem a aplicação de peças e serviços seriam esses de valor tão elevado que não exige aplicação de peças.

Para comprovar as suas alegações, o autuante anexou ao processo o Anexo II/2003 (fl. 288) e as Notas Fiscais de Prestação de Serviços de fls. 289 a 316 e pediu que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

Embora cientificado da informação fiscal, de que recebera cópia, o autuado não se pronunciou no prazo de lei.

Submetido a julgamento em pauta suplementar, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência, para que fossem atendidas as solicitações de fl. 330, tendo sido produzido o Parecer ASTEC n<sup>o</sup> 215/2003, fls. 332 a 334, em que o diligenciador informara que, mesmo após várias intimações efetuadas aos sócios e ao patrono do autuado, os documentos solicitados e necessários ao atendimento da diligência não foram apresentados. Segundo o diligente, o contrato de prestação de serviço firmado com a Gerdau S.A. (fl. 346) e o “Escopo de Serviço” para a montagem de estrutura de equipamento para a Cibrafertil (fl. 339), previam o fornecimento de materiais e o ICMS fora destacado nos documentos fiscais, porém essas operações não foram relacionadas pelo autuante e não foram objetos de exigência fiscal.

O autuante, cientificado do resultado da diligência, fl. 478, não se manifestou.

O autuado, instado a se pronunciar nos autos sobre a diligência efetuada, requereu novo prazo para complementar a entrega dos contratos que faltam. Disse que a solicitação de orçamentos não tem amparo legal. Reiterou todos os termos da impugnação formulada e pediu maior e melhor análise dos fatos.

Em seu voto, acolhido por unanimidade por seus pares, o relator do processo em primeira instância votou pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada, pois, apesar de o autuado ter sido equivocadamente acusado de infringir os artigos 59, 628 e 629, do RICMS-BA/97, aprovado pelo Decreto n<sup>o</sup> 6294/97, a descrição dos fatos no Auto de Infração é clara e deixa evidente o enquadramento legal, o que lhe permitiu o exercício do amplo direito de defesa, além de que o autuante teria corretamente efetuado o enquadramento legal da infração e da multa indicada no lançamento, indicando “Ter praticado operações tributáveis como não tributáveis”, o que é uma acusação rotineiramente utilizada pelo fisco e tem sido entendida pelos contribuintes. Assim entendeu que, ao contrário do alegado pela defesa, o lançamento tem elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, pois o fato de o autuado ser um prestador de serviço não o isenta do ICMS incidente sobre as peças e partes fornecidas pelo autuado e aplicadas nas manutenções, consertos e restaurações.

Adentrando no mérito da lide, o relator da 4ª Junta de Julgamento Fiscal disse ter constatado que o autuado efetuara serviços de montagem e instalação industrial prestadas a usuários finais (Gerdau S.A., Cibrafertil, CRBS S.A., Bafertil Bahia Fertilizantes, etc) e que de acordo com os itens 74 e 75 da Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 406/68 e alterações posteriores, se os materiais empregados nessas montagens e instalações forem fornecidos “exclusivamente” pelos usuários finais, o serviço prestado estará no campo de incidência do ISS,

não havendo o que se falar no ICMS. Que, todavia, se o prestador do serviço de montagem e instalação é o próprio fornecedor dos materiais empregados nessas montagens e instalações, haverá a incidência do ICMS sobre a operação e, além disso, a base de cálculo do imposto estadual será o total valor do serviço e dos materiais empregados.

Segundo o relator o Registro de Apuração do ICMS (fls. 111 a 185) comprova que o autuado adquiria e empregava materiais nas montagens e instalações que ele efetuava e que para se certificar da verdade material dos fatos, solicitara diligência, não tendo, no entanto, o autuado apresentado documentos (contratos e/ou orçamentos) que comprovassem que os materiais empregados nas montagens e instalações tivessem sido fornecidos “exclusivamente” pelos tomadores dos serviços. Dessa forma, convicto de que o autuado fornecia materiais empregados nas montagens e instalações, entendeu que as prestações deveriam ser tributadas pelo ICMS e a base de cálculo era o valor total do serviço e dos materiais empregados, conforme consta no Auto de Infração.

Quanto às Notas Fiscais nºs 100, 109, 123 e 133, bem como o Contrato de Prestação de Serviços nº C-012/97, citados pelo autuado em sua defesa, entendeu o relator que os mesmos não elidem a acusação, pois não provam que os materiais foram fornecidos “exclusivamente” pelos tomadores dos serviços, conforme já comentei acima.

Por fim, ressaltou que a solicitação de orçamentos feita pelo relator não carece de amparo legal, pois está baseada no princípio da busca da verdade material e, que se fossem apresentados, seriam provas lícitas.

Ante o que expôs, votou pela Procedência do Auto de Infração, voto acolhido pela Junta de Julgamento Fiscal.

No singelo Recurso Voluntário interposto à fl. 502 dos autos, o autuado, ora recorrente alega:

*“Alegando a nulidade do ato, face o descompasso entre fato gerador e a previsão legal, eis que no VOTO do Relator o que se vê é um pedido de desculpas ao Contribuinte pelo erro do autuante. Assim, acusou errado e sem amparo legal, vez que a empresa é prestadora de serviços e este Egrégio Conselho tem de ver isto e exercer o seu poder de fazer JUSTIÇA, de tão brilhante tradição.*

*Por cautela o RECORRENTE analisou o mérito da autuação na impugnação oferecida, já que as preliminares suscitadas, por si só já eram suficientes para que fosse declarada a improcedência da exação fiscal.*

*Ante o exposto é que é formulado o presente RECURSO, pedindo o recorrente seja o mesmo recebido na forma do RPAF vigente, para anular o lançamento feito através do auto em referência, por excessivo na exação realizada.”*

Submetidos os autos ao exame da PGE/PROFIS, a Procuradora do Estado Dra. Sylvia Amoêdo manifestou-se pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário ante a falta de fundamentos das alegações de nulidade, afirmando que o contribuinte não apontara dispositivo de lei supostamente infringido e quanto ao mérito, porque as alegações também não foram fundamentadas.

## VOTO

A leitura dos autos revela que o recorrente entendera a acusação formulada na autuação, tanto que oferecera impugnação específica sobre o que chamara de “descompasso entre fato gerador e a previsão legal” e alegara ilegitimidade passiva, por entender-se sujeita apenas ao ISSQN.

Além disso, cuidara a 4ª Junta de Julgamento de buscar a verdade material junto ao próprio autuado, ensejando nova manifestação defensiva e propiciando a juntada de elementos probatórios capazes de afastar a acusação fiscal.

No seu Recurso Voluntário, nota-se que apenas referencia ter oferecido impugnação e não oferece razões capazes de anular o lançamento e a Decisão, referindo-se ao voto do relator como pedido de desculpas ao Contribuinte pelo erro do autuante.

Acolho, portanto, o Parecer opinativo da douta representante da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110085.0032/01-8**, lavrado contra **PROMECÂNICA MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.813,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS