

PROCESSO - A.I. Nº 110085.0032/01-8
RECORRENTE - PROMECÂNICA MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0069-04/04
ORIGEM - INFRAZ 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 anexas 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 nºs 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 pedira 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 nº 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 Cibrafértil (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 nº 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 nº 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 comprovasssem 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 Provimento 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 4^a 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 2^a 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 INDUSTRIAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS121.813,32**, 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 BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS