

A. I. Nº - 110085.0032/01-8
AUTUADO - PROMECÂNICA MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 31. 03. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/04

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas montagens e instalações industriais, haverá incidência do ICMS quando os materiais empregados não forem exclusivamente fornecidos pelo tomador do serviço. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/02, 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 apresentou defesa tempestiva (fls. 205 a 209) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento alegando que inexistia a infração que lhe foi imputada. Após transcrever parcialmente o art. 18 do RPAF/99, afirma que não infringiu os artigos 59, 628 e 629 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2694/97, como está dito no Auto de Infração. Assevera que a prática de operações tributáveis como não tributáveis não está tipificada no enquadramento legal utilizado pelo autuante. Alega que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, uma vez que é uma empresa prestadora de serviços e não está sujeita ao ICMS na totalidade dos seus negócios.

Adentrando no mérito da lide, o autuado afirma que as operações objeto da autuação são tributadas pelo ISS. Como exemplo, cita as Notas Fiscais nºs 100, 109, 123 e 133, cujas operações, no seu entendimento, são tributadas apenas pelo citado imposto municipal. Aduz que o serviço consignado nessa última nota fiscal está acobertado pelo Contrato de Prestação de Serviços nº C-012/97, cuja cópia anexa aos autos (fls. 218 a 220).

Assevera que a acusação de venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais de prestação de serviços não se sustenta por falta de provas concretas e por inocorrência do fato gerador. Diz que o autuante deveria ter especificado as mercadorias que foram vendidas. Às fls. 210 a 217 e 221 a 283, acosta fotocópia de notas fiscais arroladas na autuação. Pede que o lançamento seja revisto por auditor fiscal estranho ao feito. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo.

Na informação fiscal, fls. 286 e 287, o autuante explica que o motivo da autuação foi a venda de mercadoria acobertada por nota fiscal de prestação de serviço. Diz que o autuado comprou mercadorias, registrou em seu livro Registro de Entrada (sem se creditar do ICMS) e, em seguida, aplicou essas mercadorias (chapas, eletrodos, soldas e ferragens) em várias empresas do Pólo Petroquímico de Camaçari, conforme comprovam as fotocópias das notas fiscais (anexadas ao processo) e o livro Registro de Entradas (em poder do autuado). Diz que para configurar

prestação de serviço, as peças aplicadas deveriam ter sido fornecidas pelas empresas que tomaram os serviços.

De acordo com o auditor fiscal, a atividade desenvolvida pelo autuado é de venda de mercadorias, porém, para evitar controvérsias, não considerou como tal os serviços de recuperação, reforço de estrutura, manutenção, modificação em tubulação, etc, justamente por empregarem peças. Cita 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). Em seguida, questiona: “Como aceitar que essas notas de valor altíssimo sejam somente de prestação de serviços sem a aplicação de peças? Que serviço é esse de valor tão elevado que não exige aplicação de peças?”

Esclarece que o dispositivo regulamentar infringido pelo autuado foi o artigo 1º, inciso VIII, alínea “a”, do Decreto 6284, de 14/03/97, e que a multa indicada na autuação está prevista no art. 915, II, “a”, do mesmo diploma legal.

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. Ao encerrar a sua informação fiscal, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi cientificado da informação fiscal, recebeu cópia da mesma e teve o prazo de lei para se manifestar, porém não se pronunciou.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência, para que fossem atendidas as solicitações de fl. 330.

Por meio do Parecer ASTEC nº 215/2003, fls. 332 a 334, o diligenciador informou 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. Explica que 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 foi destacado nos documentos fiscais, porém essas operações não foram relacionadas pelo autuante e não foram objetos de exigência fiscal.

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

Instado a se pronunciar nos autos sobre a diligência efetuada, o autuado 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.

VOTO

Inicialmente, afasto a 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 permite o exercício do amplo direito de defesa. Ademais, o autuante, em seguida, corretamente efetuou o enquadramento legal da infração e da multa indicada no lançamento. “Ter praticado operações tributáveis como não tributáveis” é uma acusação rotineiramente utilizada pelo fisco e tem sido entendida pelos contribuintes. Ao contrário do alegado pela defesa, o presente 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, constato que o autuado efetuou serviços de montagem e instalação industrial prestadas a usuários finais (Gerdau S.A., Cibrafertil, CRBS S.A., Bafertil Bahia Fertilizantes, etc). 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, com as 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. Todavia, se o prestador do serviço de montagem e instalação (no caso em lide, o autuado) é o próprio fornecedor dos materiais empregados nessas montagens e instalações, haverá sim 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.

No caso em tela, o livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 111 a 185) comprova que o autuado adquiria e empregava materiais nas montagens e instalações que ele efetuava. Ademais, para me certificar da verdade material dos fatos, solicitei diligência e, no entanto, o autuado não apresentou documento (contratos e/ou orçamentos) que comprovasse que os materiais empregados nas montagens e instalações eram fornecidos “exclusivamente” pelos tomadores dos serviços. Dessa forma, estou convicto que o autuado fornecia materiais empregados nas montagens e instalações e, portanto, 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. No que tange aos cálculos efetuados pelo autuante, os mesmos estão corretos e não merecem reparos.

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, entendo 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, ressalto que não a solicitação de orçamentos, feita por este relator, não carece de amparo legal, pois está baseada no princípio da busca da verdade material e, caso fossem apresentados, seriam provas lícitas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110085.0032/01-8**, lavrado contra **PROMECÂNICA MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 11 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR