

A. I. - 206856. 0007/06-0
AUTUADO - CONASA - CONSTRUTORA LTDA.
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA e JOILSON MATOS AROUCA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 04.06.2007

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0163-01/07

EMENTA: ICMS. FORNECIMENTO, COM HABITUALIDADE, DE ARTEFATOS DE CIMENTO PRODUZIDO FORA DO LOCAL DA OBRA. OPERAÇÕES SUJEITAS A INCIDÊNCIA DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOOSTO. O autuado ao produzir e comercializar as mercadorias assume a condição de contribuinte, sendo irrelevante a sua condição de inscrito no CAD/ICMS como empresa de construção civil. Infração caracterizada. Não acolhida a argüição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/04/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$29.307,33, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a novembro de 2005.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 94/101), na qual argüi preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, por conter vício formal de não descrever quais os fatos ocasionaram a imposição da penalidade, invocando o artigo 129, § 1º, do CTN, bem como lições de Ponte de Miranda e de Aliomar Baleeiro.

Atacando o mérito, sustenta que as suas atividades sempre foram regidas pela Lei da Microempresa, sendo inconcebível que o Fisco não considere o tratamento jurídico diferenciado sobre o faturamento e não sobre transações comerciais.

Reporta-se ao artigo 540, do RICMS/97, para afirmar que o referido artigo exige que para a empresa estar situada na condição de sujeito passivo da relação tributária do ICMS deverá circular com mercadorias, não sendo o seu caso, que apenas executou obra de construção e prestou serviços no canteiro de obra das empresas e entidades públicas contratantes, sendo aplicável a hipótese de não-incidência do ICMS nos termos do artigo 542, inciso IV, do RICMS/BA.

Prosseguindo, afirma ser falaciosa e inverídica a acusação do Fisco sobre a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços efetuados, inexistindo elementos probatórios que tornem as operações tributáveis pelo ICMS.

Assevera que é inconcebível o Fisco estadual não reconhecer as notas fiscais anexadas aos autos, referentes à prestação de serviço de concretagem, que se inicia com o serviço técnico de cálculo de proporção e mistura dos elementos que irão integrar o concreto fresco, sendo tal mistura realizada no canteiro da obra, como fornecimento aos contratantes de manilhas, blocos, blocos de fundação, lajes, etc. material necessário para construção, reforma, reparação de prédios ou de outras edificações. Cita como precedente o RTJ11/292, RTJ 77/959, para reforçar o seu entendimento quanto à não incidência do ICMS nos casos de prestação de serviços que realiza,

admitindo a incidência do ISS, imposto de competência municipal. Reporta-se, ainda, ao artigo 2º, inciso IX, do RICMS/97, transcrevendo-o, para dizer que a sua atividade desenvolvida no canteiro de obras, a exemplo das Notas Fiscais nº.s 0022, 0225, 0226, 0227 e 0228, não suscitou a ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações, não sendo hipótese de incidência por não configurar circulação de mercadorias.

Assevera que desenvolve as suas atividades de construtora na maioria das vezes no regime de empreitada, acostando um contrato para confirmar a sua alegação, sendo a autuação ilegal e irrazoável. Ilegal por estar o Auto de Infração pautado em conduta que não se encontra no campo de incidência do ICMS. Irrazoável por estar a acusação baseada em presunção, na qual não há o relato dos fatos que a ensejaram.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, no mérito, improcedente, bem como a produção de todos os meios de prova admitidos, notadamente a juntada de novos documentos, eventual perícia e outras que se fizerem necessárias.

Na informação fiscal prestada por Auditor Fiscal designado às fls. 111/113, este mantém a autuação integralmente, afirmando que blocos de concreto, tubos de concreto, laje pré-moldada, manilhas, meio-fios, certamente são produzidos fora do local da obra pelo autuado, que, posteriormente, entrega a empreiteira executora da obra. Afirma que o autuado não deveria ser admitido no CAD-ICMS como construtora, haja vista que a sua atividade é de produção de insumos para obras de construção civil, produzidos fora do local da obra.

À fl. 118, consta diligência solicitada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal- JJF, a fim de que fosse anexado aos autos a comprovação de que o autuado recebera cópias dos demonstrativos e do extrato do sistema INC, e que caso não houvesse a comprovação, que fosse intimado o contribuinte para receber tais documentos, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, para apresentar defesa, querendo.

Apesar de constar à fl. 124, declaração do contribuinte confirmando o recebimento de cópias dos documentos indicados na diligência, a 5ª JJF, retornou o PAF à INFRAZ de origem, considerando que na intimação não foi dado o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, conforme fora determinado.

À fl. 129, consta intimação efetuada pelo órgão competente da INFRAZ de origem ao sujeito passivo referente a reabertura do prazo de defesa, inclusive, via aviso de recebimento “AR” (fl.130) devidamente assinado, inexistindo a partir daí qualquer pronunciamento do contribuinte.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS do autuado em decorrência de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Inicialmente, no que concerne à argüição de nulidade do Auto de Infração, por conter vício formal de não descrever quais os fatos ocasionaram a imposição da penalidade, verifico que a acusação fiscal identifica a infração, não apresentando qualquer dificuldade para compreensão da imputação, inclusive, com os demonstrativos e documentos fiscais anexados pelo autuante que indicam a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, consoante exige o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Assim, rejeito a nulidade argüida.

No mérito, a imputação diz respeito à exigência do imposto por ter o autuante considerado que o autuado (inscrito no CAD/ICMS na condição de construtora) realizou operações tributáveis como não tributáveis, decorrentes da comercialização de blocos de concreto, tubos de concreto, laje pré-moldada, manilhas, meio-fios, etc., que teriam sido produzidos fora do local da obra e, posteriormente, entregues a empreiteira executora da obra.

Analisando a peça de defesa, verifico que o autuado sustenta que apenas executou obra de construção civil e prestou serviços no canteiro de obra das empresas e entidades públicas contratantes, sendo aplicável a hipótese de não-incidência do ICMS nos termos do artigo 542, inciso IV, do RICMS/BA. Diz, ainda, inexistir elementos probatórios que tornem as operações tributáveis pelo ICMS, sendo inconcebível que o Fisco estadual não reconheça as notas fiscais anexadas aos autos, referentes à prestação de serviço de concretagem, que se inicia com o serviço técnico de cálculo de proporção e mistura dos elementos que irão integrar o concreto fresco, sendo tal mistura realizada no canteiro da obra, com fornecimento aos contratantes de manilhas, blocos, blocos de fundação, lajes, etc. material necessário para construção, reforma, reparação de prédios ou de outras edificações.

Examinando a peça relativa à informação fiscal, observo que o Auditor designado para prestar a informação, sustenta que blocos de concreto, tubos de concreto, laje pré-moldada, manilhas, meio-fios, certamente são produzidos fora do local da obra pelo autuado, e que este não deveria ser admitido no CAD-ICMS como construtora, haja vista que a sua atividade é de produção de insumos para obras de construção civil, produzidos fora do local da obra.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS/BA dispõe no seu artigo 540, que se considera empresa de construção civil, toda pessoa física ou jurídica que executar obras de construção civil, efetuando a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou no de terceiro. Exemplifica como obras de construção civil, dentre outras, a construção, demolição, reforma ou reparação de prédios ou de outras edificações; construção e reparação de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo; prestação de serviços auxiliares ou complementares necessários à execução de obras, tais como serviços de alvenaria, de instalação de gás, de pintura, de marcenaria, de carpintaria, de serralheria, de vidraçaria.

Ao falar sobre a incidência do imposto, o RICMS/BA estabelece no artigo 541, que incide o ICMS, no fornecimento, pelo prestador do serviço, de mercadoria por ele produzida fora do local da prestação do serviço, nos casos de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, de obras hidráulicas e de outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços ou obras auxiliares ou complementares. Significa dizer, que se a mercadoria for produzida no local da obra não incide o ICMS, no caso de prestação de serviço.

Constatou que o autuado apesar de sustentar que é prestador de serviços trouxe aos autos apenas um contrato de empreitada com a organização não-governamental YONIC, para construção de uma escola no valor de R\$476.086,00, firmado em 21/12/2005. Observo também que das Notas Fiscais nº.s 0022, 0225, 0226, 0227 e 0228, citadas pelo autuado como referentes à atividade de prestação de serviço, apenas a Nota Fiscal nº. 0228, no valor de R\$2.000,00, está destinada a organização YONIC. As outras notas fiscais acima referidas têm diversos destinatários, contudo, sem nenhuma comprovação de se tratar de prestação de serviço, conforme alegado pelo autuado.

Ademais, apesar de tais notas fiscais terem sido arroladas pelo autuante no Demonstrativo Analítico referente às saídas tributáveis não constam da exigência fiscal, haja vista que se referem ao mês de dezembro de 2005 e o Auto de Infração exige o ICMS referente ao período de março a novembro de 2005. Certamente, trata-se de um equívoco, que somente poderá ser corrigido através de novo lançamento fiscal referente ao mês de dezembro de 2005, tendo em vista que o Auto de Infração sob exame não pode ser modificado para exigir um débito maior do que o originalmente exigido. Cabe, portanto, a autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, valendo observar, que poderá o contribuinte antes da lavratura do Auto de Infração, querendo, recolher espontaneamente o valor do débito exigido.

No que concerne às demais notas fiscais relacionadas na autuação, referentes às operações realizadas nos meses de março a novembro de 2005, constatei na análise realizada a inexistência de prestação de serviço conforme alegado pelo deficiente, e cito a título exemplificativo as seguintes notas fiscais:

- Nota Fiscal nº. 0115 (fl.12) emitida pelo autuado, consta a descrição: “confecção de 05 bancos de concreto”;
- Nota Fiscal nº. 0118 (fl.15), “confecção de 25 tubos de concreto 0,40x1” - “Pedido de Compras nº 00672/1”;
- Nota Fiscal nº. 0125 (fl.18) “Pago e entregue”;
- Nota Fiscal nº. 0126 (fl.19) “confecção de 20 tubos de concreto 0,30x1” - “Pago e entregue”.
- Nota Fiscal nº. 0144 (fl.32) “confecção de 300 (trezentos) meio fio de concreto” - “Material entregue em Serra Grande”.

O mesmo ocorre com as seguintes notas fiscais: Nota Fiscal nº. 0155 (fl.40), consta que o material foi “Entregue e Pago”; Nota Fiscal nº. 0156 (fl.41) consta que foi “Pago e Entregue”; Nota Fiscal nº. 0197, consta como “Local da entrega” o Condomínio Villas de São José, indicando como responsável pelo recebimento Nerivan Nascimento de Oliveira, restando claro, que não foi “construído no local da obra”, conforme alegado pelo autuado; Nota Fiscal nº. 0216, consta a observação “material destinado a Dora em Itacaré-BA.”

Diante do exposto, concluo que assiste razão ao autuante quando sustenta que as mercadorias foram produzidas pelo autuado fora do local da obra, não sendo aplicável ao caso a não incidência do ICMS, haja vista que não se trata de prestação de serviço de construção civil, conforme alega o autuado, mas, produção de mercadorias que são destinadas à construção civil, portanto, operações tributadas normalmente pelo ICMS.

Na realidade, o que se verifica no presente caso é que o autuado ao produzir e comercializar as suas mercadorias assume a condição de contribuinte do ICMS, sendo irrelevante para exigência do tributo a forma como está inscrito no CAD/ICMS.

O artigo 182 do RICMS/97 esbanca qualquer dúvida a esse respeito ao estabelecer:

“Art. 182. O que caracteriza ser determinada pessoa contribuinte do ICMS não é o fato de estar ou não inscrito no cadastro estadual, e sim o preenchimento dos requisitos do art. 36.”

Já o mencionado artigo 36, do mesmo Diploma regulamentar, assim dispõe:

“Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

Assim, considerando que o autuado na situação apresentada, ao produzir e comercializar os seus produtos assume a condição de contribuinte do ICMS por realizar com habitualidade operações de circulação de mercadorias, a autuação é integralmente subsistente.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206856.0007/06-0**, lavrado contra **CONASA CONSTRUTORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$29.307,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR