

A. I. N° - 299326.0305/08-0
AUTUADO - CEGELEC LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 11.08.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0251-04/09

EMENTA. ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. IMPOSTO DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. **2.** LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Ilícitos reconhecidos pelo sujeito passivo. Infrações mantidas. **3.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Procedimento não empregado pelo autuante. Infração nula. **4.** PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA, PROJETOS, MONTAGEM, MANUTENÇÃO E OUTROS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO ÀS MERCADORIAS PRODUZIDAS FORA DO LOCAL DA PRESTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Incide ICMS quando do fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência referentes à infração 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2008 para exigir ICMS no valor de R\$ 218.570,13, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 321.947,06, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento no prazo regulamentar do imposto informado na Declaração de Apuração Mensal do ICMS (DMA). Valor exigido de R\$ 405,43 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS de acordo com as normas regulamentares. Está registrado que do referido livro não constam as entradas e as saídas. Penalidade por descumprimento de obrigação acessória (multa) de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Está dito que os arquivos magnéticos foram entregues sem os registros de identificação das mercadorias, conforme exige o Convênio ICMS 57/95 e também não conferem

com os dados contidos nos livros fiscais (Registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS). Falha sistemática detectada em todos os arquivos relativos aos exercícios de 2003 a 2006. Penalidade por descumprimento de obrigação acessória de 1%, no valor de R\$ 321.487,06, prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96.

4- Falta de recolhimento do imposto relativo ao fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendidas na competência tributária do município. Está registrado no corpo do Auto de Infração que o autuado não destaca, em suas notas fiscais, as mercadorias aplicadas em seus serviços. Desta forma, não sofrem a tributação do ICMS, embora não estejam compreendidas na competência tributária municipal. O contribuinte não teria atendido intimação feita para informar as peças aplicadas nos serviços executados para outras empresas e também não informou as mercadorias que deram entrada no estabelecimento. Foi feito levantamento para quantificar tais entradas através da manipulação de cada nota fiscal. Como a empresa não informou o inventário inicial do período fiscalizado e nem o final, foi considerado que toda mercadoria que entrou foi utilizada na prestação de serviços. Uma vez que o objeto principal do sujeito passivo é a prestação de serviços, e não a comercialização, considerou-se como preço de saída o mesmo preço de entrada, a uma alíquota de 17%. Valor exigido de R\$ 218.164,70. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Através de advogada regularmente constituída, com instrumento de mandato à fl. 586, o contribuinte ingressa com impugnação às fls. 568 a 585. Informa que é empresa prestadora de serviços de engenharia e realiza, na unidade de Camaçari, elaboração de projetos, instalação, montagem, assistência técnica e demais serviços relacionados a máquinas e equipamentos, inclusive em diversas plantas de papel e celulose, química, petroquímica, mineração e outras, que não contemplam fornecimento de materiais, “exceto materiais de aplicação e materiais de consumo”.

Diz que os serviços de montagens industriais se caracterizam como de construção civil, porquanto as estruturas se tornam parte integrante da planta, agregada ao solo, e que os de manutenção de equipamentos e plantas consistem em limpeza, revisão, reparo e restauração. Quando da necessidade de troca de alguma parte ou peça, estas são adquiridas pelo cliente, sob a orientação da impugnante. A restauração pode ser feita nas instalações do cliente ou da impugnante. Por isso emite notas fiscais de serviços, pois não é fabricante nem revende mercadorias pelo estabelecimento sito em Camaçari, sendo que os produtos por este adquiridos se constituem em materiais de escritório, ferramentas, equipamentos para uso próprio, materiais de aplicação e de consumo nos serviços prestados, equipamentos de proteção individual e componentes para os equipamentos de sua oficina.

À fl. 570, especifica o conteúdo de cada registro informado nos arquivos magnéticos, aduzindo que não é gerado nenhum relativo a controle de mercadorias, pois somente presta serviços.

Assevera que a partir de maio de 2003, passou a enviar as informações apenas com os arquivos relativos às operações interestaduais e que, a partir de dezembro de 2004, tendo retificado os arquivos referentes a janeiro a novembro deste exercício, passou a informar também as internas.

Acata as infrações 01 e 02 e recorre das de números 03 e 04, pois entende que os valores são indevidos, postulando a anulação das mesmas.

No tocante à infração 03, informa que a primeira intimação foi datada de 24/06/2008 e a segunda de 30/07/2008, transcrevendo o teor das mesmas. Entende que padecem de vício insanável, posto que não obedecem às disposições do parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA, razão pela qual deve a infração ser anulada. Alega que não são gerados quaisquer registros relativos a controle de mercadorias porque não realiza atividade de venda ou revenda, mas apenas prestação de serviços. As aquisições dos produtos destinados a aplicação / consumo nas obras e serviços, bem como das partes / peças aplicadas nos equipamentos “entram no sistema sem codificação”, pois não são mercadorias. Argumenta que por isso a infração também é improcedente, requer seja a

mesma anulada e, na hipótese de não anulação, pede a revisão da penalidade, por não ter havido omissão, tendo em vista a falta de informação nas intimações.

Com relação à infração 04, pondera que suas aquisições dizem respeito a materiais de consumo e aplicação nas obras e serviços executados, equipamentos para uso próprio e componentes / peças para reparo dos mesmos. Acha que o engano da Fiscalização é compreensível, pois apenas avaliando o uso a que se destina o produto é possível determinar se é material de aplicação / consumo no serviço ou partes e peças a serem fornecidas a clientes. Foram elaboradas uma Planilha Geral, na qual restam individualizadas as destinações dos itens, Planilhas Individualizadas anexadas às respectivas notas fiscais e outros documentos, que demonstram a destinação, e uma Planilha Resumo, que demonstra os valores por itens, totalizando o montante da infração 03. Afirma que a Planilha Geral indica a destinação de cada um dos itens por nota fiscal, inclusive erros cometidos na auditoria, comprovando que não existem produtos classificáveis como mercadorias, motivo pelo qual requer a nulidade da infração 04.

Alega que decaiu o direito do Fisco de exigir o tributo relativo ao período compreendido entre janeiro e abril de 2003, pois a 1ª intimação se deu em 16/06/2008 e, conforme jurisprudência dos tribunais brasileiros, o período anterior a 05/2003 estaria abrangido pela decadência.

Caso subsista qualquer valor na infração 04, requer compensação a partir do aproveitamento do crédito do ICMS das entradas.

Por derradeiro, pede a retificação dos valores exigidos, tendo-se em vista os erros apontados na precitada Planilha Resumo.

Citando dispositivos da Constituição Federal, da Lei Complementar 116/2003 e sua Lista de Serviços e da Lei nº 7.014/96 defende a não incidência do ICMS nas aquisições de produtos por si realizadas, porquanto suas atividades são obras de construção civil sem fornecimento de mercadoria produzida fora do local da prestação, bem como serviços de manutenção, reparos e conservação de bens sem o emprego de peças e partes. As peças e partes adquiridas no período fiscalizado, conforme entende comprovar as planilhas anexadas, são destinadas a equipamentos usados nas prestações de serviços, e não aos equipamentos dos clientes, destinatários dos serviços prestados.

Finaliza pedindo o “cancelamento” e arquivamento do Auto de Infração, relativamente às infrações 03 e 04.

O autuante ingressa com informação fiscal às fls. 1.295 a 1.300. Alega que no final da 2ª folha e no item 04 da fl. 03 da peça de defesa o próprio sujeito passivo declara aplicar materiais em seu serviço. Entende que a prática interna da impugnante de não gerar registros relativos a controle de mercadorias contraria o Convênio ICMS 57/95. Informa que, conforme relatório SCAM anexado à informação fiscal, não é verdadeira a afirmação de que foram reenviadas as informações relativas às operações interestaduais de 2004. Pontua que no item 08 da defesa o autuado não questiona o mérito da infração, apenas pede a nulidade referente a erro de forma que não apontou. No tocante à validade das intimações, afirma que deixou claro que todos os arquivos entregues relativos aos exercícios de 2003 a 2006 não conferem com os dados dos livros fiscais e que o problema é sistemático.

Entende que se é pedida a nulidade das infrações 03 e 04 é porque o autuado acha que a cobrança está correta. Com relação à listagem diagnóstica não fornecida, cita e transcreve a Cláusula 1ª, parágrafo 1º do Convênio ICMS 57/95 e os artigos 683, 686, 699, 708-A e 708-B, parágrafo 6º do RICMS/BA. Aduz que não há nenhum absurdo ou irregularidade ao utilizar o campo “Observações” da intimação para registrar que não há demonstrativo anexo porque o problema é sistemático para todos os arquivos entregues, já que não há legislação que obrigue o uso de tal anexo. Aponta que o contribuinte não considera como mercadorias os produtos adquiridos, pois entram em seu sistema sem codificação dos itens, mas que não pode ficar à mercê de uma prática gerencial interna de qualquer empresa a definição de alguma aquisição como de mercadoria ou

não. Quem define tal classificação é a legislação pertinente ao fato. Pergunta o porquê de o contribuinte, uma vez que manifestou intenção de sanar os problemas com os arquivos magnéticos, não ter entrado em contato com o Fisco para solicitar esclarecimento.

Com referência às planilhas apresentadas pelo impugnante, diz que não fazem prova e não demonstram erro, uma vez que baseada em outra planilha elaborada quando da fiscalização. Manifesta a convicção de que o autuado aplica mercadorias em seus serviços e que por algum erro ou desconhecimento considera que não é aplicável a tributação. Não concorda com a alegada decadência, com fundamento no art. 173, I do CTN. Transcreve o item 7.02 da Lista de Serviços para fundamentar que cabe a tributação no presente caso.

Às fls. 1.310 e 1.311 a COORDENAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO DO CONSEF acostou comprovante de pagamento parcial do valor cobrado no lançamento.

VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado relativa à infração 04. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

De idêntica forma, não se tem muito que tergiversar acerca da matéria concernente ao prazo decadencial no tocante ao ICMS, tendo em vista que este possui início no primeiro dia do exercício seguinte em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, inciso I do CTN) e da data do respectivo fato quando se puder determiná-la (art. 150, § 4º do CTN). Porém, é de bom alvitre ressaltar que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB), que no seu parágrafo 1º determina que a contagem se dá a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente no art. 90 do RICMS/BA. Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de decadência suscitada.

Não há lide referente às infrações 01 e 02 deste Auto de Infração. Assim, as mesmas não serão objeto de julgamento. Mantidas as infrações.

Na infração 03 é aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória por fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, com o valor da multa limitado a 1% do total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas. O autuante afirma que os arquivos magnéticos foram entregues sem os registros de identificação das mercadorias, conforme exige o Convênio ICMS 57/95 e também não conferem com os dados contidos nos livros fiscais (Registros de Entrada, Saída e Apuração do ICMS). Falha sistemática detectada em todos os arquivos relativos aos exercícios de 2003 a 2006.

Tal exigência encontra fundamento nas Cláusulas 27ª e 28ª do Convênio ICMS 57/95 e no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, que estabelece a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser

superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

O Regulamento do ICMS da Bahia é claro ao determinar, no parágrafo 3º do art. 708-B, em observância às garantias fundamentais do contribuinte/cidadão constantes da Carta Constitucional, norma de observância obrigatória na atividade de dever-poder vinculado dos prepostos do Fisco, que em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Uma vez que a legislação faz referência a “arquivos eletrônicos exigidos”, entendendo ser razoável que a exigência seja detalhadamente apresentada ao contribuinte na forma de relatório, demonstrativo ou planilha (listagem diagnóstico), em que o mesmo possa visualizar o erro que se deseja corrigir, a exemplo do RELATÓRIO SCAM de fls. 1.301 a 1.308, reiteradamente utilizado pelo Fisco em casos assemelhados a este. A afirmação contida no campo “Observações” da intimação (fl. 21) de que os arquivos magnéticos foram entregues sem os registros de identificação das mercadorias e não conferem com os livros fiscais, não anexando demonstrativo pelo fato de o problema ser sistemático, não fornece ao sujeito passivo as necessárias informações para que efetue as devidas correções. Tal situação fere o princípio da garantia à ampla defesa, plasmado no art. 2º do RPAF/99 e reclama a nulidade da infração imputada, com fundamento no art. 18, II do mesmo Regulamento Processual.

O procedimento fiscal poderá ser renovado, observando o dispositivo do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA.

A infração 04 diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo ao fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendidas na competência tributária do município. Está consignado no corpo do Auto de Infração que o autuado não destaca, em suas notas fiscais, as mercadorias aplicadas em seus serviços. Desta forma, não sofrem a tributação do ICMS, embora não estejam compreendidas na competência tributária municipal. Foi feito levantamento para quantificar as entradas destes produtos através da manipulação de cada nota fiscal. Considerou-se que toda mercadoria que entrou foi utilizada na prestação de serviços. Uma vez que o objeto principal do sujeito passivo é a prestação de serviços, e não a comercialização, foi tomado como preço de saída o mesmo preço de entrada.

O sujeito passivo pondera que suas aquisições dizem respeito a materiais de consumo e aplicação nas obras e serviços executados, equipamentos para uso próprio e componentes / peças para reparo dos mesmos. Registra que os materiais de consumo e aplicação e os componentes e peças são destinados aos equipamentos usados no serviço, e não aos equipamentos objeto do serviço.

Da análise dos elementos constantes dos autos, constato que o contribuinte apresentou planilhas indicativas da destinação de cada mercadoria objeto da autuação. Por exemplo, à fl. 814, consta que houve aquisições de parafusos diversos / outros, originados da Master Distribuidora de Parafusos e Fitas Ltda., utilizados na instalação do gerador de emergência da Petrobras P III. Todavia, nenhuma das planilhas apresentadas informa o equipamento de propriedade da prestadora de serviços a que se destinaram os produtos, a exemplo dos parafusos, não fazendo, portanto, prova contra a autuação.

O item 7.02 da Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003 determina que incide ICMS quando do fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação. O próprio autuado afirmou, em sede de impugnação, que a restauração pode ser feita nas instalações do cliente ou da impugnante. Não conseguiu, com suas planilhas, provar a alegada destinação dos produtos, de que seriam para uso nos equipamentos utilizados na prestação de serviços, e não nos equipamentos objeto dos serviços. O que se listou nas mencionadas planilhas foram os nomes dos bens destinatários dos serviços (equipamentos fim),

sem qualquer referência aos equipamentos meio. O autuado não atendeu intimação para informar as peças aplicadas nos serviços executados para outras empresas e também não informou as mercadorias que deram entrada no estabelecimento. Outrossim, não informou o inventário inicial do período fiscalizado e nem o final. É natural conceber que uma prestadora de serviço de tamanha complexidade seja detentora da informação de para quais dos seus bens foram destinados os produtos, já que sabe para quais bens dos clientes foram destinados os serviços onde os produtos foram usados, conforme explicitado nas planilhas. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/99). Infração caracterizada.

No tocante ao pedido de compensação, não é este o instrumento processual adequado para sua apreciação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração no valor de R\$ 219.030,13, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299326.0305/08-0**, lavrado contra **CEGELEC LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 218.570,13**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 405,43 e de 60% sobre R\$ 218.164,70, previstas no art. 42, I, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no art. 42, XV, “d” da citada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

Esta Junta recorre, de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR