

**A. I. N°** - 207090.0008/08-5  
**AUTUADO** - TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** 22.02.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF N° 0001-05/10

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Quando da ocorrência dos fatos geradores em 2003, a utilização do crédito estava prevista para ter início em 01/01/2007. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS JUNTO A MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE OU AMBULANTES. Ilícito fiscal reconhecido pelo sujeito passivo. Infração mantida. **c)** TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR. Ilícito fiscal reconhecido pelo sujeito passivo. Infração mantida. **d)** MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Comprovada a utilização em quantias superiores às permitidas pela legislação. Infração caracterizada. 2. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS EM LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Extrato de pagamentos acostado pelo contribuinte não afasta a exigência, posto que relativo a períodos distintos dos consignados na mesma. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. As operações objeto da autuação não estavam com a fase de tributação encerrada. Infração caracterizada. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ilícitos fiscais reconhecidos pelo sujeito passivo. Infrações 06 e 15 mantidas. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO. **b.1)** POSTERIORES VENDAS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b.2)** POSTERIORES VENDAS INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O autuado adquiriu, na qualidade de não contribuinte prestador de serviços, produtos sujeitos à substituição tributária e depois promoveu a venda dos mesmos no mercado interno (da Bahia) e em outros Estados. Infrações caracterizadas. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A margem de valor adicionado de 35% foi aplicada em conformidade com o item 17 do Anexo 88 do RICMS/BA. Infração caracterizada. 5. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS LIMPEZA REVISÃO MONTAGEM, MANUTENÇ

ICMS na prestação de sei

competência tributária dos Municípios, havendo fornecimento de mercadorias. Infrações 11, 12, 13 e 14 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 18/11/2008, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 1.294.005,98, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal, referente ao material para uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 290,87. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Valor exigido de R\$ 462,22. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto no (s) prazo (s) regulamentar (es), referente às operações escrituradas em livros fiscais próprios. Valor exigido de R\$ 1.438,74. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Utilização indevida de crédito fiscal, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Valor exigido de R\$ 1.051,21. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – Não recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades federadas destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 1.034,21. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do imposto substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento. Valor exigido de R\$ 16,81. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 – Utilização indevida de crédito fiscal, relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Registra-se que o contribuinte, regularmente intimado a apresentar o Livro CIAP (fl. 30), deixou de fazê-lo, sob a alegação de que não o possuía. Constatado, em planilhas, que o sujeito passivo deixou de efetuar a proporção entre as operações tributadas e o total das mesmas nos períodos de 2001 / 2002, utilizando-se de crédito em montante superior ao possível. Valor exigido de R\$ 22.465,64. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – Deixou de recolher o tributo, em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regulamente escrituradas e relativas a tintas e solventes (normalmente sujeitos ao regime de substituição) adquiridos como prestador de serviços / consumidor final sem o destaque do ICMS e recolhimento para o Estado da Bahia. Informa-se que o autuado promoveu a saída de tais produtos, destinando-os a outros Estados, sem o conseqüente destaque e recolhimento. Valor exigido de R\$ 1.806,14. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 – Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações tributáveis consignadas como não tributáveis. Está dito que o contribuinte adquiriu – em outros Estados -, tintas e solventes (normalmente sujeitos ao regime de substituição), como prestador de serviços / consumidor final, sem o destaque do ICMS e recolhimento para o Estado da Bahia. Informa-se que o autuado promoveu a saída de tais produtos, destinando-os a

sem o respectivo destaque e recolhimento. Valor exigido de R\$ 29,99. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 – Não reteve o tributo e conseqüentemente não o recolheu, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor exigido de R\$ 10,50. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 – Falta de recolhimento do ICMS referente ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviços de instalação e montagem de equipamentos a usuário final. O autuado realizou serviços de montagem eletromecânica / construção de linhas de transmissão / subestação sem, no entanto, oferecer à tributação estadual o material aplicado em tais obras. Valor exigido de R\$ 196.079,30. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 12 – Deixou de recolher o imposto relativo às operações tributáveis consignadas como não tributáveis e regularmente escrituradas. Consta que o sujeito passivo promoveu saídas de mercadorias tributadas, sem o devido pagamento, alegando tratar-se de devoluções daquelas anteriormente recebidas para conserto. Todavia, não comprovou documentalmente suas afirmações. Valor exigido de R\$ 949.635,85. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 13 – Não efetivou o recolhimento do imposto, relativo às operações tributáveis consignadas como não tributáveis e regularmente escrituradas. Está consignado que o autuado deu saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, referente a diversos produtos que seriam utilizados na prestação de serviços de limpeza, revisão, montagem e manutenção, e que não retornaram ao estabelecimento de origem. Valor exigido de R\$ 46.167,89. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 14 – Falta de recolhimento do tributo concernente ao fornecimento, pelo prestador de serviços, de peças e partes utilizadas na revisão de equipamentos. Está consignado, no corpo do ato preparatório do lançamento, que o autuado deu saída não tributada a diversos bens e mercadorias, que seriam utilizados na prestação de serviços de revisão e manutenção, e que não retornaram ao estabelecimento de origem. Valor exigido de R\$ 73.449,88. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 15 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento. Valor exigido de R\$ 66,73. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 1.311 a 1.345, através de advogados regularmente constituídos, nos termos do instrumento de mandato de fl. 1.361. Informa que é pessoa jurídica e que no seu objeto social está prevista a prestação de serviços de reforma de transformadores e medidores.

Com respeito à infração 1, fundamenta-se em texto transcrito do art. 93, V, “b” do RICMS/97 para aduzir que possui direito ao crédito a partir de 01/01/2007.

Ainda que tenha havido lançamento equivocado por parte da contabilidade, entende que, em apelo à coerência e à razoabilidade, a Fiscalização poderia facilmente constatar e considerar tal hipótese.

Assim, conclui o contribuinte que não deve prosperar esta infração.

Quanto à infração 2, diz que, nesse ponto, a Fiscalização está correta, de modo que reconhece a falha contábil e informa ter colacionado comprovante do pagamento correspondente.

Relativamente à infração 3, após análise do comprovante de pagamento, o sujeito passivo informou, sugere prudência, a fim de avaliar se o valor recol

supostamente devida, encontrada pela Fiscalização.

Pondera que não localizou documentos que pudessem fazer prova contra o quanto disposto na infração 4, de modo que não lhe resta alternativa que não seja reconhecer a falha contábil, informando ter anexado comprovante do pagamento correspondente.

Sustenta que o não recolhimento do imposto objeto da infração 05 se deu em virtude de existirem mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 175, 1.679, 247.436, 04, 150.727, 17.138, 359.846, 2.069, 130.334 e 373.201 destinadas ao consumo, mas que não estão sujeitas à tributação ou estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Transcreve o ACÓRDÃO CJF Nº 1.297/00, que entendeu no sentido de que aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, cujo imposto já tenha sido pago pelo regime da substituição tributária, não estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas.

O autuado informa que não pretende discutir a infração 06, de modo que aduz ter anexado comprovante do pagamento correspondente.

Quanto à infração 7, pondera que parece ter havido contradição ou confusão por parte da Fiscalização, uma vez que a sua contabilidade informou que não houve CIAP em 2003. Os créditos utilizados foram decorrentes de escriturações de 2001 e 2002, não de 2003, como quis acreditar a fiscal. Ante a impossibilidade de juntada à defesa dos documentos pertinentes - em razão do seu volume -, informa que toda documentação está à disposição da Fiscalização, que certamente abrirá nova diligência, ocasião em que poderá rever o posicionamento externado. Pede que seja concedido um prazo adicional para juntada dos “volumosos” documentos. Afirma que junta as planilhas CIAP de 2001 / 2002. Assim, entende que não deve prosperar esta infração.

Na infração 8, alega que algumas notas fiscais consideradas pela Fiscalização, para aferição do imposto cobrado, são de simples remessa e retorno, não estando sujeitas à tributação do ICMS, e outras são relativas às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, de modo que o imposto é recolhido pelo substituto. *“Cobrar na Bahia imposto de outro estado não parece ser correto”*.

Com relação às infrações 9 e 10, argumenta que as mesmas não devem prosperar, pois o não recolhimento do tributo se deu em virtude de existirem mercadorias, designadas nas notas fiscais 7.290 e 7.466, destinadas ao consumo e não sujeitas à tributação, ou sujeitas ao regime de substituição tributária.

Toma como fundamento o art. 2º, VIII do RICMS/97 c/c o item 14.06 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 (transcrito à fl. 1.324) e Lei municipal 4.279/90, posteriormente modificada pela Lei 7.186/2006, para argumentar que está sujeito à exação municipal, e não à estadual, motivo pelo qual impugna a infração 11.

No que se refere à infração 12, diz que, de acordo com o contrato número 4600002354, de fevereiro de 2002, passou a prestar à COELBA serviços de recuperação de medidores. Na prática, tal avença consistia em o contratante enviar os medidores para o contratado, da Bahia e de fora dela, a fim de que fossem reformados. A autuação, conforme alega, versou sobre a diferença existente entre as notas de remessa da origem (materiais a serem reformados) e as suas notas. Pondera que essas operações não são de venda, mas de remessa seccionada de material recebido para conserto, nos termos do art. 627 do RICMS/BA. Afirma que o Fisco não confrontou as notas de recebimento e devolução, através do que se comprovaria o retorno de todos os itens recebidos. Coloca o material contábil à disposição e informa não ter anexado por se constituir em mais de 05 livros fiscais e 05 caixas de notas e documentos. Requer diligência, com o fim de demonstrar a improcedência da infração sob comento.

Em seguida, pondera que as notas fiscalizadas relativas à infração 13 referem-se a remessas e retornos de equipamentos próprios. Notas essas emitidas para qu circular nas dependências do tomador de serviços e serem transport

Diz que sua motivação de defesa relativa à infração 14 é idêntica à daquelas concernentes às de números 11, 12 e 13. Assinala que estava obrigado, por força de seus contratos com a COELBA, a adotar uma série de providências e procedimentos, e que, tendo em vista a matéria “pisada e repisada” nos itens anteriores, não voltará a comentá-la.

Por fim, informa que não pretende discutir a infração 15, de maneira que providenciará o seu pagamento.

Citando os princípios da não utilização de tributos com fins de confisco e da capacidade contributiva, doutrina e jurisprudência, afirma que as multas aplicadas são vultosas, e que a equidade recomenda a exclusão das mesmas.

Conclui rogando pela “desconstituição e conseqüente anulação” das infrações 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14, por diligência e / ou perícia, bem como solicita que as futuras correspondências sejam enviadas para o seu representante legal.

A autuante junta informação fiscal às fls. 1.437 a 1.449.

Com referência à primeira infração, afirma que o levantamento fiscal e os documentos respectivos encontram-se às fls. 74 a 77, 927 e 1.064. O crédito fiscal glosado refere-se a cola e avental, materiais de uso e consumo do estabelecimento. Diz que o texto da fundamentação legal de defesa (art. 93, V, “b” do RICMS) foi posteriormente modificado, e portanto não é aplicável para os fatos geradores da obrigação no exercício de 2003, de vez que os créditos para materiais destinados ao uso e consumo somente serão permitidos a partir de 2011.

No que tange à infração 3, assinala que o levantamento fiscal e os documentos que embasaram a autuação encontram-se às fls. 55, 56, 84 e 89. Argumenta que o extrato de arrecadação de fl. 1.377 é inservível - pois nenhuma receita ali demonstrada é relativa ao ICMS normal, código 0759 -, e que o próprio autuado informou que o respectivo documento de arrecadação não foi encontrado.

O levantamento fiscal e os documentos que embasaram a autuação da infração 5, conforme aduz, estão às fls. 139, 140 a 149 e 150 a 155. Assevera que todas as notas fiscais tomadas na auditoria apontam aquisições interestaduais de mercadorias e serviços sujeitas à tributação, ao contrário do argumento de impugnação constante da fl. 1.316.

No tocante à infração 7, informa que os documentos e levantamento (s) estão às fls. 30, 167 a 176, 191 e 177 a 193. Entende que o pedido de diligência não pode ser deferido, pois não atende ao binômio necessidade / utilidade (todos os documentos solicitados e apresentados ao Fisco já estão no PAF), que o sujeito passivo não contestou os números apresentados e que não aproveitou o prazo de defesa para juntar os documentos que disse ter. Registra que o autuado, durante a fiscalização, não apresentou o Livro CIAP 2001 / 2002, apenas uma planilha, e também não juntou as notas fiscais que teriam ensejado o crédito do ativo. Esclarece que o exercício fiscalizado foi o de 2003, sendo que a autuação ficou restrita apenas a esse período. Ressalta que a apropriação de crédito deve ocorrer de acordo com o art. 93, parágrafo 17, I a VI do RICMS, que todos os créditos de 2001 / 2002 foram levados em conta no levantamento, considerando-se a planilha do contribuinte (fls. 167 e 179 a 182) e que os créditos de 2003 – conforme Livro de Apuração do ICMS número 07 -, foram apropriados de maneira fracionada (fl. 174) e proporcional (fl. 176). Assim, verificou-se que o contribuinte utilizou créditos fiscais em montantes superiores aos permitidos.

O levantamento fiscal e documentos que embasaram a autuação da infração 8, conforme aponta, estão às fls. 194 a 204. Consoante documento de fl. 48, o sujeito passivo está inscrito no Cadastro Estadual como unidade produtiva, cuja atividade principal é o fabrico de transformadores, indutores, conversores, sincronizadores e outras peças de produtos congêneres. Realiza também recuperação de transformadores elétricos (fls. 239 a 256). Para tanto aplica materiais no processo industrial sujeitos à incidência do ICMS (fl. 246). Argumenta que o ICMS/BA, citado pelo autuado na impugnação, é específico para so

de construção civil, no qual não está inserido o autuado, como se extrai do contrato social de fls. 1.364 e 1.365. Diz que do exame das notas fiscais anexadas ao levantamento (fls. 195 a 204) pode ser constatado que as operações são sujeitas à tributação, nos termos do art. 2º, I do RICMS/BA. Alega que as remessas e retornos precisariam ser devidamente comprovadas e documentadas, fato que não ocorreu, de acordo com o que exige o art. 544, parágrafos 1º e 2º do mencionado Diploma Regulamentar. Pontua que o imposto cobrado na planilha de fl. 194 é o normal, sem substituição tributária nos casos de tintas e diluentes (fls. 202 e 204), uma vez que seriam utilizados no processo industrial. Nas saídas interestaduais realizadas, aduz, o imposto por substituição tributária é devido ao estado de destino, razão pela qual não consta do presente ato preparatório de lançamento tributário. Já que todos os documentos estão acostados aos autos, reputa impertinente o pedido de diligência.

O levantamento fiscal e documentos que embasaram a autuação da infração 09, segundo afirma, estão às fls. 205 a 207. Entende que os argumentos de defesa, que fazem referência à infração 05 e que mencionam mercadorias destinadas ao uso e consumo, não possuem nenhuma correspondência com o quanto se exige. As notas fiscais de fls. 206 e 207 demonstram que as operações são relacionadas com saídas internas de mercadorias sujeitas à tributação (transferências para estabelecimento de mesmo titular), cujo imposto devido é o normal. Todas as fundamentações da infração anterior nesta se aplicam, com a ressalva de que as saídas objeto de tributação na infração 9 foram internas.

Com relação à infração 10, consigna que o levantamento fiscal e os documentos que embasaram a autuação encontram-se às fls. 205 a 207. Diz que a argumentação de que as mercadorias foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento cai por terra quando se verifica que os sacos de massa seguiram para o Município de Ponto Novo (BA), e que a tinta foi vendida para empresa localizada no bairro do Rio Vermelho, de Salvador. Argumenta que esta infração complementa a de número 09, onde foi cobrado o imposto normal. Quando se constata que o sujeito passivo realizou saída interna subsequente (venda ou transferência), de produto sujeito ao regime de substituição tributária, com margem de valor adicionado de 35%, em conformidade com o item 17 do Anexo 88 do RICMS/BA, há o ICMS próprio, cobrado na infração 9, e aquele devido por substituição, da infração 10.

Informa que a exigência da infração 11 se deu por conta de fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação, bem como por partes empregadas em serviços de lubrificação, limpeza, lustração, revisão etc. Menciona os itens 7.02 e 14.01 do Anexo 01 do RICMS (fl. 1.443). Levantamento fiscal e documentos respectivos às fls. 208 a 210 e 237. Registra que, embora o Anexo 01 do RICMS refira-se à Lista de Serviços do ISS, existem serviços cujas prestações, por indicação expressa da própria Lei Complementar, ficam sujeitas ao campo de incidência da exação estadual. Assim, no bojo do mencionado Anexo, nos itens 7.02 e 14.01 encontra-se o fundamento para a presente exigência. Alega que todas as notas fiscais anexadas, 28 no total, são de prestações de serviços com aplicação de material (CFOP 6949 e 5949) e que, de todas essas, apenas seis (06) foram destinadas à COELBA, sendo que sobre as demais o autuado não se manifestou. Mesmo nessas seis, afirma, o ISS incide apenas sobre o valor do serviço, devendo ser cobrado o ICMS sobre a mercadoria aplicada. Pondera que o contrato 4600004457 diz respeito à execução de serviços de ampliação da subestação de São Cristóvão, com termo final em 09/10/2003 e valor de R\$ 602.315,23 (total contratado), sendo 52% deste valor referente à mão de obra. Observa que as notas fiscais objeto da auditoria perfizeram a quantia de R\$ 226.504,55, o que demonstra que nem todas foram apresentadas ao Fisco.

Relativamente à infração 12, informa que o levantamento e demais documentos que a consubstanciaram estão às fls. 257, 258 a 263 e 264 a 487. Os “espelhos” dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte encontram-se às fls. 488 a 494, 495 a 501, 509 a 512 e 513 a 516. Descreve, às fls. 1.455 e 1.466, os objetos dos contratos anexados pe

São quatro contratos, sendo que a impugnação limitou-se a ap

4600002345, cujo objeto é recuperação e calibragem de medidores eletromagnéticos monofásicos, bifásicos e trifásicos para a COELBA. Do “item” 4.1 do contrato consta que a contratada deve retirar e entregar os equipamentos nas instalações da contratante da cidade de Feira de Santana. Ao contrário do que está dito na defesa à fl. 1.326, não se percebe, neste contrato, qualquer obrigação do sujeito passivo com outros estabelecimentos ou sociedades empresárias localizadas dentro ou fora do território do Estado da Bahia. Assim, uma vez que a peça de impugnação versou apenas sobre a predita avença, teria havido aceitação tácita da autuação relativa às notas fiscais não originadas da mesma. Aduz que incide a tributação sobre todo tipo de material que não esteja previsto neste contrato: medidores eletromagnéticos monofásicos, bifásicos e trifásicos para a COELBA. Assinala que o contribuinte quer fazer crer que a cobrança incide sobre a diferença entre as notas de remessa na origem e as suas, o que não corresponde à verdade. A autuação não versou sobre diferenças, mas sobre saídas de mercadorias tributadas em relação às quais não existe comprovação de entrada anterior para conserto. Informa que buscou a comprovação de eventuais entradas para serviços relativas a todas as notas fiscais de saídas auditadas, sem sucesso, motivo pelo qual a diligência revela-se inútil.

O levantamento fiscal e documentos que embasaram a autuação da infração 13 estão colacionados às fls. 521, 522 a 524 e 525 a 596. Entende que a genérica argumentação defensiva, de que as operações são de remessas e retornos de equipamentos próprios, para circular nas dependências do tomador dos serviços, não deve prosperar. Não existem notas fiscais de retorno no levantamento referente a esta infração, apenas de saídas. Apesar de as mesmas estarem devidamente discriminadas às fls. 522 a 524, o sujeito passivo não comprovou um único retorno correspondente (Livro de Entradas às fls. 764 a 874). As mercadorias que saíram sem tributação, conforme os artigos 2º, IX, “a”, “c” e “d”; 59, III c/c itens 7.02 e 14.01 do RICMS, tornam-se sujeitas à incidência, nos valores declarados, quando não comprovado o retorno no prazo do art. 627, parágrafos 3º, 4º e 5º.

Com referência infração 14, afirma que o levantamento fiscal e documentos que embasaram a autuação encontram-se às fls. 634 a 706. Aduz que a argumentação defensiva é genérica. Não existem notas fiscais de retorno no levantamento referente a esta infração, apenas de saídas. Apesar de as mesmas estarem devidamente discriminadas às fls. 634 a 636, o sujeito passivo não comprovou um único retorno correspondente (Livro de Entradas às fls. 764 a 874). As mercadorias que saíram sem tributação, conforme ao artigos 2º, IX, “a”, 1 / 2, “c” e “d”; 59, III c/c itens 7.02 e 14.01 do RICMS, tornam-se sujeitas à incidência, nos valores declarados, quando não comprovado o retorno no prazo do art. 627, parágrafos 3º, 4º e 5º.

Por fim, registra que não lhe cabe tecer comentários acerca de aspectos constitucionais da multa aplicada, requer seja negado o pedido de diligência e declarado procedente o Auto de Infração.

Juntados comprovantes de pagamento parcial às fls. 1.452 a 1.454.

## VOTO

Fica rejeitado o pedido de nulidade, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento, uma vez que desenvolvido em atividade de dever-poder vinculado da autoridade administrativa, sem que tenha sido observada qualquer ofensa a normas legais ou regulamentares.

No que se refere ao alegado caráter confiscatório das multas aplicadas, verifica-se que as mesmas estão devidamente previstas nos dispositivos do art. 42 da Lei nº

Portanto, a exigência é legítima e não há motivos pa

inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, consoante determina o art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

As infrações 2, 4, 6 e 15 não foram impugnadas pelo autuado. Portanto, com fundamento no art. 140 do RPAF/BA, as suas matérias de ordem fática não serão apreciadas no presente julgamento. Infrações mantidas.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal, em janeiro e junho de 2003, referente ao material para uso e consumo do estabelecimento. Na época da ocorrência dos fatos impositivos, vigia o art. 93, V, “b” do RICMS/97 nos termos abaixo:

*Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

*(...)*

*V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:*

*(...)*

*b) a partir de 01/01/07, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11) (Lei Complementar nº 87/96);*

*(...)*

Portanto, não assiste razão ao contribuinte, pois a utilização dos créditos estava prevista para ter início a partir de 1º de janeiro de 2007. Infração caracterizada.

A falta de recolhimento do imposto no (s) prazo (s) regulamentar (es), referente às operações de janeiro de 2003 escrituradas em livros fiscais próprios foi objeto da terceira infração. O extrato de fl. 1.377, citado pelo sujeito passivo na impugnação, demonstra apenas um recolhimento de ICMS próprio, referente ao mês de fevereiro de 2003: de R\$ 10.411,96, sob o código de receita 0759. Portanto, tal documento não logra afastar a infração, que deve ser reputada procedente, de acordo com o quanto disposto no art. 143 do RPAF/99. Infração caracterizada.

A infração 5 exige imposto pela falta recolhimento decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades federadas destinadas ao consumo. Segundo o autuado, tais mercadorias estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme Notas Fiscais de nºs 175, 1.679, 247.436, 04, 150.727, 17.138, 359.846, 2.069, 130.334 e 373.201, com a fase de tributação encerrada. Não lhe assiste razão. Da análise dos documentos de fls. 139, 140 a 149 e 150 a 155, constato que – conforme disse a autuante na sua informação fiscal –, todas as notas fiscais tomadas na auditoria apontam aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à tributação normal. Infração caracterizada.

Com relação à infração 07 (utilização indevida de crédito fiscal, relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação), percebo que o exercício fiscalizado, conforme o próprio Auto de Infração (fl. 03), Termo de Início de Fiscalização de (fl. 17) e demais documentos (fls. 30, 167 a 176, 191 e 177 a 193) foi o de 2003, sendo que a autuação ficou restrita apenas a esse período. Com efeito, a apropriação de créditos relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado deve ocorrer de acordo com as determinações do art. 93, parágrafo 17, I a VI do RICMS/BA. Os levantamentos foram corretamente efetuados. A autuante – no demonstrativo de fl. 167 –, calculou o que tinha direito e o diminuiu dos valores lançados no Livro de Apuração.

no mês de dezembro de 2003 o contribuinte lançou a crédito a quantia de R\$ 2.292,56 (fl. 135), sendo que somente tinha direito a R\$ 538,01, restando o crédito indevido de R\$ 1.709,55, lançado neste período no corpo do lançamento de ofício.

No tocante às infrações 8, 9 e 10 (falta de recolhimento do tributo, em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regulamente escrituradas e relativas a tintas e solventes (infrações 8 e 9) e falta de recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (infração 10)), constato que o contribuinte efetuou, sem ter comprovado o recolhimento respectivo, operações de saídas de mercadorias sujeitas ao ICMS. Algumas mercadorias objeto da autuação, de fato, são sujeitas ao regime da substituição tributária. Ocorre que, como o sujeito passivo as adquiriu na qualidade de prestador de serviços / não contribuinte, o imposto não veio retido na fonte, restando o mesmo responsável pelo seu pagamento nas futuras operações de saídas interestaduais (infração 8) e internas (infração 9), bem como pelo pagamento da margem de valor adicionado de 35% (infração 10, item 17 do Anexo 88 do RICMS/BA). De outro lado, os supostos retornos dessas mercadorias não ficaram comprovados nos autos. Infrações 08, 09 e 10 caracterizadas.

A exigência das infrações 11, 12, 13 e 14 se deu por conta de serviços de montagem eletromecânica / construção de linhas de transmissão / subestação sem oferecimento à tributação estadual do material aplicado; saídas de mercadorias tributadas, sem o devido pagamento, alegando tratar-se de devoluções daquelas anteriormente recebidas para conserto; saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, referente a diversos produtos que seriam utilizados na prestação de serviços de limpeza, revisão, montagem e manutenção, e que não retornaram ao estabelecimento de origem; bem como saída não tributada de diversos bens e mercadorias, que seriam utilizados na prestação de serviços de revisão e manutenção, e que não retornaram ao estabelecimento de origem. O contribuinte entende que está sob o campo de incidência do ISS, e não do ICMS. O Anexo 1 do Regulamento do ICMS deste Estado, nos seus itens 7.02 e 14.01, excluem do espectro de incidência do tributo:

*7.02 – a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS);*

*14.01 - lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).*

Ora, resta cristalina, no comando final do item 14.01, a obrigação de recolher o imposto referente às peças e partes empregadas na prestação dos serviços. O sujeito passivo não logrou comprovar que as operações objeto da autuação, conforme alegou, foram de remessa e retorno, tampouco que observou as formalidades necessárias ao afastamento da tributação (art. 627, parágrafos 3º, 4º e 5º do RICMS).

Incide o ICMS na prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, havendo fornecimento de mercadorias. Caracterizadas as infrações 11, 12, 13 e 14.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.0008/08-5, lavrado contra **TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado ao pagamento do imposto no valor total de **R\$1.294.005,98**, acrescido

R\$1.438,74 e 60% sobre R\$1.292.567,24, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR