

A. I. N° - 299334.0302/09-5
AUTUADO - TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTES - CLAUDIO ANTÔNIO BARRETO MARTINELLI BRAGA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 22.04.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0077-02/10

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. (MONTAGEM ELETROMECÂNICA E CONSTRUÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO ELÉTRICA E CONserto). Incide o ICMS na prestação de serviços que, embora sujeitos ao imposto municipal, tenham fornecimento de mercadorias, nos casos expressamente ressalvados em lei complementar. No caso, os materiais aplicados são excludentes da lista de serviços (itens 7.02 e 14.01) anexa a Lei Complementar nº 116/2003, para efeito de incidência do ICMS, em conformidade com a alínea “a” do inciso VIII, e “d” do inciso IX, do artigo 2º do RICMS/97. Rejeitada a arguição de nulidade e de decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$424.359,42, relativo ao fornecimento do material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de aparelhos, prestado ao usuário final, no período de fevereiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.07 a 188. Em complemento consta que o contribuinte prestou serviço a CHESF, COELBA e PETROBRÁS fornecendo material sujeito a incidência do ICMS.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.191 a 216, após descrever a infração, invoca o artigo 150, §§ 1º, 2º e 4º do Código Tributário Nacional (CTN), para argüir a decadência dos fatos geradores correspondentes ao período de janeiro a agosto de 2004, por entender que já teriam decaído, tendo em vista que a lavratura do auto de infração ocorreu em 30/09/2009, transcrevendo a doutrina e a jurisprudência do STJ e de tribunais administrativos sobre a decadência.

No mérito, repete que a infração tipificada no auto de infração é de que deixara de recolher o ICMS relativo ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviços, na instalação e montagem de equipamentos, prestado a usuário final, e transcreve o artigo 2º, inciso VIII, “a” do RICMS/97 e o item 14.06 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, repetido pela Lei Municipal nº 4.279/90 alterada pela Lei nº 7.186/03.

Esclarece que prestou serviços à COELBA nos termos dos contratos de fornecimento de obras e serviços nº 4600004946, 4600004457 e 43000018502, para recuperação de medidores, sujeitos a tributação municipal do ISS e não do ICMS, nos termos do inciso VIII do artigo 2º do RICMS/97.

Explica que o serviço consistia na remessa dos “medidores” pelo contratante (COELBA) para serem reformados pela empresa, cuja autuação cingiu-se sobre a diferença existente entre as notas de remessas da origem e notas de remessa, configurando remessa seccionada de material recebido para conserto, conforme previsto no artigo 627, do RICMS/97

Em seguida, considerou inconstitucional e confiscatória a multa de 60% aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, por considerar que fere aos princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte. Transcreveu a decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscal – 1ª Turma, a jurisprudência dos tribunais fiscais, e lições de renomados professores de direito tributário, sobre esta questão.

Argüindo que toda a documentação comprobatória do quanto alegado encontra-se à disposição da fiscalização, que deixou de juntá-la ao processo, pois se trata de mais de cinco livros fiscais e cinco caixas de notas fiscais de entrada e de saída e livro e documentos contábeis. Assim, requereu a realização de diligência e/ou perícia, nos termos do artigo 123, § 3º do RPAF/Ba (Dec.7.629/99), colocando à disposição a citada documentação.

Por fim, requer sejam acolhidas suas razões defensivas para desconstituir o presente lançamento tributário.

Na informação fiscal às fls.236 a 238, o autuante esclareceu que o fulcro da autuação é que o contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de equipamentos (montagem eletromecânica/construção de linhas de transmissão/subestação), prestados ao usuário final, infringindo o art. 2º, XI, a, 1 e 2, c e d, combinado com o art. 59, III e Anexo 1, itens 7.02 e 14.01(7.02 - 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 e 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), todos os dispositivos citados do Dec. 6284 / 97.

Rebateu a preliminar de decadência transcrevendo o artigo 965, inciso I, do RICMS/97, para mostrar que a autoridade fiscal tem o direito de até o dia 31/12/2009 realizar o lançamento do imposto devido pelo contribuinte referente a todos os meses do ano de 2004, garantindo o crédito tributário ao Estado da Bahia.

Diz que deixa de se manifestar sobre o julgado do STJ e com decisão administrativa da Segunda Câmara de Recursos Fiscais do Estado de Sergipe, por não caber à autoridade fiscal, tendo em vista que a atividade fiscal é vinculada.

Quanto a alegação defensiva de que as operações realizadas sofrem a incidência do ISS e não do ICMS, o preposto fiscal salienta que nas notas fiscais colacionadas ao auto de infração, fls. 09 a 61, foram destacadas no campo Dados do Serviço duas atividades: uma de serviço propriamente e outra caracterizada como "MATERIAL APLICADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO", contudo, só calcula e destaca o ISS sobre a prestação do serviço, deixando de tributar o material aplicado.

Ressalta que mesmo que o contribuinte tivesse destacado o ISS e sobre essa parte da nota e recolhido o imposto ao Município, estaria em débito com o Estado, pois, esse tipo de operação está sujeita ao ICMS.

Além disso, chama a atenção que consta nas cópias do livro REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E TERMOS DE OCORRÊNCIAS, fls. 63 a 70, que a TRACOL através do seu Diretor Presidente à época, o Sr. Rômulo de Souza Cravo comunicou à Inspetoria Fazendária de Pirajá Bahia, que após rigoroso processo de reestruturação fiscal ficou constatado que a legislação enquadrava-a como contribuinte do ISS, apenas em relação aos serviços que prestasse, e do ICMS, em relação às mercadorias que aplicasse nos transformados.

Registra que, embora o Anexo 1 do RICMS refira-se à Lista de Serviços

prestação, por indicação expressa de Lei complementar, envolvem o fornecimento de materiais que se sujeitarão a incidência do ICMS. Assim, no bojo do Anexo 1, nos itens 7.02 e 14.01, respectivamente, encontra-se o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que é sujeito ao ICMS, que incide também sobre peças e partes empregadas, na lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer outro objeto.

Em relação ao pedido do contribuinte, para que seja realizada diligência e/ou perícia, pede que o Egrégio Conselho negue provimento a esse pedido, por entender que o único objetivo do patrono do autuado é o de protelação do feito fiscal, pois, todo o material necessário para a confirmação da infração encontra-se acostado ao processo (fls.09 a 185).

Conclui pedindo a manutenção de seu procedimento fiscal.

VOTO

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2004, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 30/09/2009, e o contribuinte foi cientificado em 02/10/2009, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/04, findando-se em 31/12/09.

Rejeito o pedido de diligência fiscal revisora do lançamento, formulado pelo patrono do autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, "o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade", o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

O autuado demonstrou ter recebido o levantamento fiscal contendo a identificação de todos os documentos fiscais, o cálculo do débito e a indicação dos clientes objeto das operações realizadas no período fiscalizado, inclusive juntou uma cópia à sua peça defensiva, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento do ICMS relativo ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de aparelhos, prestados ao usuário final.

Ou seja, o fundamento da autuação é de que o estabelecimento prestou serviços de montagem e construção de linha transmissão (sub-estação) para a CHESF, e aplicação dos materiais constantes nas notas fiscais às fls.09

demonstrativo à fl.08, o qual o sujeito passivo ao juntar cópia em sua peça defensiva demonstrou ter recebido uma cópia do mesmo, não negando a existência das citadas notas fiscais, e pode exercer com plenitude o seu direito de defesa, como aliás o fez.

O débito foi apurado com base nas notas fiscais nº 9010; 9022; 9059; 9062; 9063; 9073; 9088; 9092; 9093; 9147; 9154; 9178; 9179; 9180; 9187; 9188 e 9193 (docs.fls.09 a 61), em nome da CHESF, COELBA e PETROBRÁS, respectivamente, nas quais, nada consta nos “Dados dos produtos”, porém, consta nos “Dados do Serviço”, que foram aplicados materiais sem especificá-los, sendo o imposto calculado sobre os valores dos materiais.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que, na qualidade de prestador de serviços, na instalação e montagem de equipamentos, prestado a usuário final, a prestação de serviço com fornecimento de material não está sujeita ao ICMS, de acordo com o artigo 2º, inciso VIII, “a” do RICMS/97 e o item 14.06 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, repetido pela Lei Municipal nº 4.279/90 alterada pela Lei nº 7.186/03.

O estabelecimento apresenta-se como prestador de serviços, situação que o afastaria do ICMS. Contudo, toda a questão de direito tratada nestes autos está relacionada em se saber exatamente se as prestações de serviços efetivadas pelo estabelecimento, objeto de lide, enquadram-se nos itens 7.02 e 14.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, recepcionado na alínea “a” do inciso VIII, e “d” do inciso IX, do artigo 2º do RICMS/97, ou no item 14.06 (artigo 2º, inciso VIII, “a” do RICMS/97), conforme entende o sujeito passivo.

Cabe, inicialmente, analisar a legislação que rege a espécie em questão.

RICMS/97

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

...

§ 2º O ICMS incide sobre:

...

II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

...

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

...

VIII - do fornecimento de mercadoria, pelo prestador do serviço, nos casos de prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, como definida em lei complementar, inclusive nos casos em que, embora o serviço conste na Lista de Serviços, a natureza do serviço ou a forma como for contratado ou prestado não corresponda à descrição legal do fato gerador do tributo municipal, tais como (Anexo 1):

a) fornecimento de material, pelo prestador do serviço, na instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos;

IX - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa, o fornecimento de materiais se sujeitar à incidência do ICMS, a saber

...

d) fornecimento de peças e partes, pelo prestador do serviço, no conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de quaisquer objetos;

...

Art. 59. A base de cálculo do ICMS, nos fornecimentos de mercadorias por prestadores de serviços de qualquer natureza, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

...

III - no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, houver a incidência do ICMS sobre o valor das mercadorias fornecidas, o preço corrente das mercadorias fornecidas ou empregadas pelo prestador (art. 2º, IX).

Toda a legislação acima transcrita é originária da Lei Complementar, que prevê, no inciso IV do artigo 1º, a incidência do ICMS, nas situações que indica, *in verbis*:

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços:

- a) não compreendidas na competência tributária dos municípios;*
- b) compreendidos na competência tributária dos municípios, mas que, por indicação expressa de lei complementar, sujeitam-se à incidência do imposto de competência estadual.*

Neste sentido, os itens 7.02 e 14.01 da lista de serviços anexa ao Decreto Lei nº 406/68, e na redação que passou a ter com a Lei Complementar nº 116/2003, destacam(exceto o fornecimento de peças e partes que fica sujeita ao ICMS).

Assim, resta claro que mesmo sendo prestador de serviços, o estabelecimento também é contribuinte do ICMS no que se refere ao fornecimento de peças e partes nas prestações que realiza.

Em relação aos fatos, o lançamento fiscal deve ser revestido de certeza e liquidez, ou seja, deve se basear em fatos sólidos. As provas apresentadas pela fiscalização são suficientemente para essa certeza, eis que estão baseadas nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, conforme cópias anexadas ao presente processo.

Portanto, a listagem que acompanha a Lei Complementar nº 116/2003 é taxativa, no sentido que incide o ICMS quando aplicados os materiais nas prestações de serviços, por força do que dispõe os itens 7.02 e 14.01 da lista anexa à citada LC e no Anexo 1 do RICMS/97, haja vista que essa norma legal, em termos do ICMS, excepciona o fornecimento de peças e partes a saber:

Lista de Serviços a que se refere a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

...

7.02 – 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 rec blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículo.

motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

Assim, tendo em vista que a lista de serviços, é exaustiva, depreende-se claramente que, enquadrando-se a operação em um dos itens da lista de serviços acima transcrito, o imposto sobre ela incidente é o ISS, porém, havendo o fornecimento de mercadorias, há a incidência do ICMS sobre o material fornecido.

Do exposto, não podemos chegar a outra conclusão, senão a de que efetivamente o estabelecimento pratica prestações de serviços, e sobre estas há de incidir o ISS, sendo certo que sobre as operações com partes e peças aplicadas, nessas prestações de serviços há incidência do ICMS, conforme consta da acusação fiscal e na legislação acima transcrita.

Por fim, apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299334.0302/09-5**, lavrado contra **TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 424.359,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR