

A. I. N ° - 299166.0002/11-8
AUTUADO - APACIMAC PREMOLDADOS LTDA.
AUTUANTES - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO e WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 30.11.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0292-02/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS. VENDAS DE PREMOLDADOS. Restou comprovado que o contribuinte realizou vendas de pré-moldados, sendo devido o ICMS. Infração subsistente. Não apreciado o pedido de inconstitucionalidade. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/08/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$156.641,83, em razão de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado às folhas 1.354 a 1.368, impugnou o lançamento tributário, preliminarmente, arguindo nulidade do referido Auto de Infração, uma vez que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como o percentual adotado nos juros moratórios, acarretando verdadeiro óbice à defesa administrativa plena, transcrevendo trecho do art. 39 do RPAF e do art. 151 do CTN, citando decisões de outros tribunais.

No mérito, diz não reconhecer a infração suscitada no Auto de infração, visto que cumpriu corretamente com seu dever de recolher todos os tributos devidos.

Afirma que atua no ramo de fabricação de pré-moldados, e sempre que adquire a matéria prima de terceiros efetua o recolhimento do ICMS ao vender a mercadoria pronta. Ocorre que não recolhe o ICMS quando os insumos (ferro, areia, brita e cimento) utilizados na industrialização da peça são fornecidos pelo próprio cliente, uma vez que nestas situações não há fato gerador do referido tributo, e sim do ISS municipal.

Aduz que a Lei Complementar 116/03 traz o rol de serviços que devem ser tributados através do ISS, e a industrialização por encomenda é expressamente considerada uma mera prestação de serviços, transcrevendo o Art. 1º da referida lei: *O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador*. Transcreveu, ainda o item 14:05 da lista anexa:

14 – Serviços relativos a bens de terceiros.

*14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, **beneficiamento**, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, **de objetos quaisquer**.*

Acrescenta que a referida lei complementar dispõe que os serviços tributados com o ISS municipal (inclusive a industrialização por encomenda) não ficam sujeitos ao recolhimento do ICMS, mesmo que a prestação do serviço envolva também o fornecimento de uma mercadoria, transcrevendo o § 2º, do artigo supra transcrito.

Argumenta que o objetivo da lei foi justamente o de evitar a bitributação, que ocorre quando entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributos decorrentes do mesmo fato gerador. Deste modo, sempre que ocorrer a industrialização por encomenda o contribuinte se

obriga a recolher o ISS para os cofres municipais, não sendo devido o ICMS, mesmo que o serviço prestado resulte no fornecimento de uma mercadoria. Do contrário haveria bitributação, que é expressamente rechaçada pelo legislador, frisando que este é o entendimento adotado pelos Tribunais.

Lembra que o ICMS é um tributo não cumulativo, calculado através de um sistema de créditos e débitos, não sendo possível imputar um débito a uma empresa que não se creditou, já que a encomendante do serviço também não recolhe ICMS no momento em que lhe encaminha os insumos.

Entende que as multas aplicadas tem caráter confiscatório, argumenta que a Constituição Federal versa sobre as limitações ao poder de tributar do Estado, sendo que o art. 150, inciso IV traz a regra que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória, e esta proibição estende-se às multas tributárias.

Argumenta que é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de redução da multa punitiva em caráter tributário, não há justificativa plausível para a manutenção da multa nos excessivos percentuais de 50% e 60%.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e a desconsideração da multa de 60% ou a sua redução a percentual não confiscatório.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 1.377 a 1.379, aduz que a fiscalização foi efetuada de forma regular e atenta aos princípios legais, pois decorrente do cumprimento de Ordem de Serviço.

Frisa que foram emitidas diversas intimações para apresentação de documentos por parte do contribuinte autuado e a conseqüente arrecadação dos mesmos, como se pode ver às folhas 6 a 11 do PAF, todos com ciência de sócios da Empresa. Também de forma regular foi feita a devolução de toda a documentação fiscal. Todo o cálculo do imposto devido está demonstrado com precisão e clareza, sem suscitar dúvidas e livre de incorreções. Junto com as tabelas estão também cópias das Notas Fiscais e Livros Fiscais, onde detectou a incorreção e que a Autuada poderia usar, para elaboração de sua defesa, sendo seguido todo o rito processual, sem qualquer excesso ou desproporção, não devendo prosperar o pleito da autuada no que se refere à nulidade do Auto ora impugnado, uma vez que do Demonstrativo de Débito constam todas as informações no que se refere à base de cálculo, alíquota e percentual da multa aplicada à espécie.

No mérito, aduz que, segundo a defesa, para o mesmo processo o autuado considera que pode haver tributações diferentes apenas pelo fato de que os insumos aplicados podem ser fornecidos por ele próprio ou pelo destinatário final das mercadorias prontas, fato este, inclusive, que não apresentou provas documentais ao PAF.

Salienta que a defesa admite que industrializa no seu estabelecimento e não no canteiro de obras do destinatário das mercadorias acabadas, artefatos de cimento para uso na construção civil, que são o objeto de sua atividade econômica, sendo que, quando da saída das mercadorias com destino ao cliente, emite Notas Fiscais de “REMESSA”, como se tratasse de operações não tributáveis pelo ICMS, quando, na verdade, trata-se a hipótese de saídas de industrialização com incidência do imposto estadual e deveria emitir notas fiscais de venda com destaque do ICMS.

Reitera que o autuado não comprovou, em nenhum momento, nem trouxe aos Autos, qualquer nota fiscal emitida pelo cliente enviando insumos dos artefatos para sua empresa, provando de que recebia matéria prima do cliente para industrializar. Ainda assim, esta seria uma hipótese que incidiria ICMS sobre a industrialização dos insumos, sobre o valor acrescido. Ademais, não comprovou que fabrica os produtos no canteiro de obras do cliente, hipótese esta em que poderia alegar a não incidência do ICMS.

Os artefatos produzidos pela Autuada são produtos industrializados decorrentes de processo de transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova, e não de beneficiamento, a que importe modificação,

aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto, vide § 5º do artigo 2º do RICMS-Ba. A alegação que foram insumos fornecidos por encomendante, sem apresentação de provas disto, submetidos a processo de beneficiamento pela autuada, processo este incluso no item 14.05 da Lista de Serviços de incidência do ICMS não procede, pois o que houve foi um processo de transformação e não um beneficiamento, conforme visto acima.

Quanto ao pleito da autuada de redução do percentual da multa aplicada, entende que não encontra respaldo legal, pois consta no próprio Auto de Infração a capitulação do enquadramento legal da multa aplicada sobre a infração cometida que também está perfeitamente caracterizada, não lhe cabendo comentar sobre a constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade relativas ao direito ao crédito e o caráter confiscatório da multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, as multas aplicadas e os acréscimos legais, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Especificamente em relação aos acréscimos legais, devo ressaltar que consta no corpo do Auto de Infração, logo após o “Total do débito (valor histórico)”, que:

O débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa conforme discriminado no Demonstrativo anexo. O valor acima representa o total do débito em valores históricos. No demonstrativo de débito é apresentado o valor total deste auto de infração atualizadas até a data de sua lavratura, estando sujeito a alterações a serem calculadas pela repartição fazendária no ato do pagamento.

Devo ressaltar que a redação acima não foi definida pelo autuante. Trata-se uma redação definida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a qual entendeu serem suficientes os dados constantes na mesma.

Por sua vez a atualização dos débitos tributários encontra-se previsto no artigo 102 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia.

Saliento, ainda, em relação ao tópico acima, que também foi acostado ao Auto de Infração o Demonstrativo previsto na nota supra transcrita, que igualmente foi entregue ao sujeito passivo, onde consta cada parcela que compõe o valor do débito total atualizado.

Para embasar a infração o autuado elaborou demonstrativos específicos, detalhados e extremamente claros, indicando, entre outros dados, alíquota, base de cálculo, crédito fiscal, chegando-se aos valores calculados. Relativo ao exercício de 2009, foi acostado à folhas 247 e 248, constando recibo firmado pelo contribuinte à folha 248. Nele consta: Mês e ano; número das notas fiscais, soma dos valores, alíquota e ICMS devido. Às cópias das notas fiscais foram acostadas às folhas 249 a 377. O demonstrativo relativo ao exercício de 2010, foi acostado às folhas 378 a 380, constando recibo firmado pelo contribuinte à folha 380. Nele consta: Mês e ano; número das notas fiscais, soma dos valores, alíquota e ICMS devido. Às cópias das notas fiscais e DANFE foram acostadas às folhas 381 a 1.350. Foram, ainda, acostadas aos autos cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saídas dos exercícios de 2009 e 2010.

O sujeito passivo recebeu cópia, mediante recibo, dos demonstrativos, nos quais constam todas as informações necessárias para o entendimento da infração, o valor apurado, os respectivas notas fiscais, fato que possibilitou o autuado conferir os levantamentos fiscais e exercer amplamente o direito de defesa.

Deste modo, 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, até mesmo o dispositivo citado na peça defensiva (art. 39 do RPAF). Logo, não resta dúvida que foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Superadas as questões preliminares passo a análise no mérito do constante no Auto de Infração, o qual imputa ao sujeito passivo de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente de vendas de pré-moldados.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que não se trata de vendas, os o que realiza e a prestação de serviço por encomenda, operação tributada pelo ISS, entendendo que a atividade encontra-se listada no item 14.05 da lista de prestação de serviços, abaixo transcrito, não havendo incidência do ICMS.

14 – Serviços relativos a bens de terceiros.

*14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, **beneficiamento**, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, **de objetos quaisquer**. Grifos da defesa.*

Entendo que o item transcrito pela defesa e acima reproduzido não ampara o argumento defensivo, pois não podemos confundir a fabricação de pré-moldados, operação realizada pelo autuado, com beneficiamento com quer a defesa.

Também, entendo que não restou caracterizada a industrialização por conta e ordem, que seria igualmente tributada pelo ICMS. Observo que a defesa simplesmente alega de que recebe de clientes os produtos necessários para produção de pré-moldados, sem apresentar nenhum documento para comprovar sua alegação, pois apenas a citação de nota fiscal de origem, sem apresentação dos respectivos documentos fiscais, não comprovam a industrialização por encomenda. O art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Neste contexto, o contribuinte deveria ter apresentado planilha relacionando as notas fiscais dos insumos (ferro, areia, brita e cimento) que foram enviados pelo cliente, conforme alegado na defesa, com as notas fiscais de retorno dos produtos resultantes da industrialização e demais documentos que comprovem as respectivas encomendas, para que fossem conferir se as quantidades dos insumos enviados pelos clientes são compatíveis com os produtos retornados aos mesmos clientes e se existiu compatibilidade de preços entre o valor das vendas e a suposta operação de industrialização, entretanto nada foi apresentado pela defesa.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada.

Quanto ao pedido de isenção ou redução da multa, o mesmo não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo 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 **299166.0002/11-8**, lavrado contra **APACIMAC PREMOLDADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$156.641,83**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR