

**PROCESSO** - A. I. Nº 087461.0101/09-3  
**RECORRENTE** - TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0202-04/12  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 31.07.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0297-13/13

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. (MONTAGEM ELETROMECÂNICA E CONSTRUÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO ELÉTRICA E CONSERTO). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 à Lei Complementar nº 116/2003, para efeito de incidência do ICMS, em conformidade com os incisos VIII, “a”, e IX, “d”, do artigo 2º do RICMS/97. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$571.875,49, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a operações discriminadas nas notas fiscais de saídas como material/equipamento aplicado na prestação de serviço sem a devida tributação, tratando-se de serviços relacionados nos itens 7.02 e 14.01 da Lista de Serviços, cuja aplicação de material encontra-se expressamente sujeita à tributação pelo ICMS. Períodos de 28/02/2005 a 31/12/2006.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada, o processo foi convertido em diligência e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado Procedente (Acórdão JJF Nº 0202-04/12).

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora fez uma síntese da infração apurada e dos argumentos defensivos, bem com transcreveu dispositivos da Lei Complementar nº 116/2003 e do RICMS-BA. Prosseguindo, decidiu a lide da seguinte forma:

[...]

*Portanto, não resta dúvida de 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.*

*Outrossim, os documentos anexos ao PAF, são suficientes para revestir o lançamento de certeza e liquidez, e nas notas fiscais está demonstrado que os materiais não foram incluídos na base de cálculo do ISS. Outrossim, apesar das diligências realizadas, onde o autuado teve a oportunidade de identificar e comprovar a natureza e a finalidade dos referidos materiais, não o fez, sequer trouxe as provas de que os teria recebido para conserto, com posterior devolução no prazo legal, conforme previsto no art. 627 do RICMS/97, argumento que traz em sua peça defensiva.*

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

*Quanto aos Contratos celebrados com a COELBA, juntados na defesa, esses se referem à prestação de serviços, mas não são relevantes para eximir da tributação do ICMS os materiais fornecidos pelo autuado.*

*Do exposto, e com base nas provas presentes nos autos, infiro que o estabelecimento pratica prestações de serviços, e sobre estas há de incidir o ISS, mas com a exceção de 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.  
[...]*

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, fls. 446 a 463.

Após uma breve descrição dos fatos, afirma que com a celebração dos contratos de prestação de serviços anexos (fls. 196 a 282), passou a prestar à Coelba serviços de recuperação de medidores.

Explica que esse serviço consistia na remessa dos “medidores” pelo contratante (COELBA) para serem reformados pelo contratado (Tracol), sendo que tais equipamentos sempre foram enviados, além da Bahia para alguns municípios de outros Estados da Federação abrangidos pelo citado contrato. Diz que, no entanto, essas operações nunca configuraram como venda de mercadorias, mas sim, como remessa seccionada de material recebido para conserto, normatizada no art. 627 do RICMS-BA, cujo teor transcreveu.

Ressalta que existe, na consecução do seu objeto social, operações de circulação de equipamento próprio do recorrente nas dependências dos seus tomadores de serviços, o que também não pode ser tributado.

Menciona que uma parte das notas auditadas e fiscalizadas refere-se a remessas e retornos de equipamentos próprios, sendo que essas notas são emitidas para que os “equipamentos” possam circular nas dependências do tomador de serviços e serem transportados nos veículos da Tracol.

Sustenta que a fiscalização desvirtuou a natureza da operação e a considerou como tributável, sem confrontar as notas de recebimento e de devolução, procedimento através do qual se comprovaria a devolução de todos os itens recebidos para conserto, efetivamente consertados. Diz que toda a documentação contábil comprobatória está à disposição da fiscalização. Solicita a realização de diligência para exame da referida documentação.

Aduz que a multa cobrada perfaz um valor vultoso. Afirma que não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa, o que gera um confisco tributário. Sustenta que é confiscatória a multa aplicada, o diz ser rejeitado pela Constituição Federal. Frisa que a jurisprudência mantém a postura de afastar a aplicação de penas desproporcionais e transcreve farta jurisprudência sobre o tema.

Requer que seja desconstituída e em consequência anulada a infração. Reitera o pedido de diligência. Solicita que as intimações sejam realizadas no endereço constante no timbre.

Ao exarar o Parecer de fls. 468 e 469, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o recorrente, embora afirme que era prestador de serviço e que os materiais em questão foram recebidos para conserto, não traz qualquer prova dessas suas assertivas.

Frisa que os documentos colacionados aos autos e que foram emitidos pelo próprio recorrente, fazem prova favorável ao lançamento tributário, o qual se encontra amparado no art. 1º, IV, “b”, da Lei Complementar nº 116/2003, combinado com o art. 1º, §2º, e art. 2º, ambos do RICMS-BA. Aduz que, mesmo em sede de Recurso, o autuado não se desincumbiu de comprovar sua alegação de remessas de materiais para conserto, sequer por amostragem.

Menciona que a multa indicada na autuação está em conformidade com a infração apurada e encontra previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador a apreciação da sua constitucionalidade. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Conforme já relatado, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente de fornecimento de materiais aplicados na prestação de serviços sem a devida tributação pelo imposto estadual, estando os serviços relacionados nos itens 7.02 e 14.01, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, cuja aplicação de material encontra-se expressamente sujeita à tributação pelo ICMS.

O recorrente alega que essas operações nunca configuraram vendas de mercadorias, mas sim como remessas seccionadas de materiais recebidos para conserto. Todavia, as notas fiscais acostadas ao processo, emitidas pelo próprio recorrente, comprovam que as operações relacionadas na autuação tratavam de prestações de serviços com fornecimento de materiais.

Conforme foi bem explicado na Decisão recorrida, *“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”*. Esse entendimento externado pela primeira instância está em conformidade com o disposto no art. 1º, §2º, II, “a”, “b”, do RICMS-BA/97, já transcrito.

Na busca da verdade material, por duas vezes o processo foi convertido em diligência e, no entanto, o recorrente não comprovou a veracidade de seu argumento. Pelo contrário, os documentos fiscais acostados ao processo atestam que houve o fornecimento de peças, não tendo o recorrente se desincumbido de comprovar que as operações relacionadas na autuação tratavam de peças enviadas pela COELBA para conserto e que, em seguida, seriam devolvidas ao remetente sem que fosse adicionado qualquer material vendido pelo recorrente. Dessa forma, a infração imputada ao recorrente subsiste integralmente e, portanto, foi correto o posicionamento da primeira instância, uma vez que restou comprovado que o ICMS incidiu apenas sobre os materiais empregados nas prestações de serviços e foram fornecidos pelo prestador de serviços.

Corroborando o posicionamento acima, ressalto que no Acórdão CJP Nº 0267-12/12, ao apreciar Decisão de Primeira Instância que julgara Procedente Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa, em idêntica matéria, manteve a exigência fiscal sem qualquer ressalva.

Quanto às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, ressalto que a penalidade indicada na autuação obedece ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não se incluindo na competência deste órgão julgador administrativo a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 125, inc. I, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal, inexistente óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0101/09-3**, lavrado contra **TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$571.875,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR DA PGE/PROFIS