

PROCESSO - A.I. Nº 108580.0602/11-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0151-01/13
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 14.11.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0429-13/13

EMENTA: ICMS. BENEFICIAMENTO E INDUSTRIALIZAÇÃO DE ESTRUTURAS METÁLICAS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que a atividade empresarial desenvolvida pelo autuado é montagem de estruturas metálicas utilizadas em obra de construção civil, de acordo com projetos fornecidos pelos tomadores de serviço, atividade que se enquadra no item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Construção civil é atividade pertinente ao campo dos serviços, pelo que quem promova sua execução sujeitar-se-á à incidência do ISS. Apesar da observação aposta pelo autuado nas notas fiscais emitidas, “*serviço de fabricação de estrutura metálica executada em nossa sede*”, restou comprovado o uso de estruturas fabricadas por terceiros para prestação de serviços na obra contratada, operação sujeita ao ISS. Ocorreria a obrigação de pagar ICMS, todavia, se houvesse o fornecimento de mercadorias pelo prestador dos serviços fora do local da obra, o que não está comprovado na presente lide. Não acatadas as preliminares de nulidade. Infração descaracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 108580.0602/11-5, lavrado em 30/06/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$5.724.149,47, acrescido da multa de 60%, por fatos ocorridos no período de janeiro/2006 a novembro/2009, em razão da seguinte irregularidade: operações com mercadorias tributáveis, caracterizadas como não tributáveis.

Consta, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que o “*Contribuinte tem três empresas, sendo duas com inscrição estadual e uma sem inscrição estadual, sendo exatamente esta teoricamente prestadora de serviços. Ocorre que é nesta empresa, sem inscrição estadual, que ela mais movimentou e nunca recolheu o ICMS e nas Notas Fiscais de Saídas está discriminado que ela BENEFICIA OS PRODUTOS E TAMBEM INDUSTRIALIZA os mesmos como FERRO E AÇO. Contribuinte recebe mercadorias tipo ferro e aço para industrialização e beneficiamento, sem pagar o ICMS. Saliente-se que quem afirma que faz industrialização e beneficiamento é o próprio contribuinte, como faz prova as diversas Notas Fiscais de Saídas acostadas ao presente Auto de Infração.*”

O Fisco acosta, às fls. 07 a 380 (volumes I e II) documentos que consistem, dentre outros, em índice do PAF; Termo de Início de Fiscalização; demonstrativos do levantamento fiscal realizado; cópias de notas fiscais fatura de serviços emitidas pelo autuado contendo, em seus corpos, as informações “*serviço de fabricação de estrutura metálica executado em nossa sede em Salvador-BA*”, “*serviços adicionais de fabricação / ISS retido na fonte*” (fl. 150), “*serviço de fabricação de perfis metálicos executado em nossas instalações não cabendo retenção de ISS na fonte*”, “*serviços de fabricação de vigas metálicas, executado em nossas instalações não cabendo retenção de ISS na fonte*”, etc; cópias de artigos do RICMS/BA/97; cópia

de Autorização de fornecimento emitida pela empresa “Odebrecht Empreendimentos Imobiliários – Construtora Norberto Odebrecht S.A.” à empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.”, sob inscrição estadual nº 26.752.765, na Bahia (fls. 263 a 276); Contrato de Prestação de Serviços firmado entre as empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A. e o autuado Rótula Engenharia e Montagens LTDA., este sob nº de CNPJ 63.205.07/0001-84 (fls. 278 a 288, e fls. 314 a 326); Contrato de Prestação de Serviços firmado entre as empresas Salvador Shopping S.A. e a empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.”, esta sob nº de CNPJ 33.871.336/0001-89, e localizada no mesmo endereço da empresa ora autuada (fls. 289 a 300, e fls. 327 a 338); Contrato de Prestação de Serviços firmado entre as empresas Salvador Shopping S.A. e o autuado Rótula Engenharia e Montagens Ltda., sob nº de CNPJ 63.205.074/0001-84, já mencionado (fls. 301 a 313); Contrato de Prestação de Serviços firmado entre as empresas Harmattan Ltda. e a empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.”, esta sob nº de CNPJ 33.871.336/0001-89, também já mencionada (fls. 339 a 351); Contrato de Prestação de Serviços para execução e montagem de estrutura metálica firmado entre o Condomínio Civil Shopping Center Paralela e o autuado, tendo como objeto a execução de cúpulas geodésicas, perfis para estrutura de suportação de telhados, fornecimento e instalação de telhas e fixadores da cobertura de hall do shopping, etc (fls. 367 a 380); espelho do sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ com dados do autuado (fls. 352 a 354); cópia da Resolução 083/2009 habilitando a empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.” ao Programa DESENVOLVE, “para produzir perfis para composição de estruturas para edifícios, pontes e viadutos, coberturas, passarelas e estruturas especiais” (fls. 335 e 356); cópias de cabeçalhos de Notas Fiscais Fatura de Serviços emitidas pelo autuado.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 366 a 384 (volume III) requerendo o julgamento pela improcedência da autuação e acostando documentos às fls. 385 a 1157 (volumes III a VI).

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1174 a 1179 (volume VI), contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

Na primeira assentada de julgamento em sede de primeira instância, o PAF foi convertido em diligência tendo o Relator *a quo* explicitado, em seu relatório, que este encaminhamento se deu “*após a sustentação oral dos sócios do estabelecimento autuado de que é na RÓTULA METALÚRGICA LTDA onde ocorrem as operações de beneficiamentos das estruturas metálicas e que a descrição existente no corpo das notas fiscais emitidas pela empresa autuada “serviço de fabricação de estrutura metálica executada em nossa sede” ocorreu apenas em virtude de uma exigência dos contratantes, mas que, efetivamente, labora nos locais de prestação dos serviços. Afirmam ainda os patronos do autuado que o estabelecimento mantém uma pequena oficina, que não recebe qualquer mercadoria, ferro ou aço para industrialização, conforme consta dos autos.*

Objetivando apurar a verdade material, a diligência designada estabelece que seja a intimação o sujeito passivo para que apresente provas materiais de que a fabricação das estruturas não foram elaboradas em sua sede, demonstrando a origem de cada serviço discriminado nas notas fiscais que sustentam o demonstrativo fiscal.”

Em atendimento foi emitido o Parecer ASTEC nº 129/2012, às fls. 1186/1191 (volume V), no qual o Auditor Fiscal Diligente designado, Sr. Ildemar Landim, consoante textos do mencionado Parecer ASTEC/CONSEF e do relatório do Acórdão de primeira instância, “*destaca a visita in loco à sede do estabelecimento autuado, composto de pequenas salas com escritório e de galpão que permite a entrada de caminhões; relata o diligenciador que ao indagar alguns funcionários que “carregavam” 2 veículos com equipamentos, afirmaram que o galpão estava quase vazio porque os equipamentos ficam alocados nos locais de prestação de serviços. Foram tiradas fotografias do local e anexadas aos autos.*

Explicaram ainda os funcionários que o galpão serve de depósito para materiais entre um e outro serviço e que os maquinários são estruturas pesadas, fixadas ao solo em plataforma e que se encontram na sede da RÓTULA METALÚRGICA LTDA, onde são guardados os seus livros e documentos fiscais. Explicaram, enfim, que RÓTULA ENGENHARIA não tem inscrição estadual por ser contribuinte do ISS e não do ICMS.

Na sede da RÓTULA METALÚRGICA LTDA, para onde se dirigiu, em seguida, o preposto do Fisco, foram identificados maquinários, além do registro contábil do ativo imobilizado, expressando um valor diferenciado em relação à empresa de Engenharia. Percebeu, no local, o trabalho de aproximadamente 100 pessoas, que trabalham diurna e noturnamente, a depender dos prazos para entrega das obras; verificou que as duas empresas empregam em torno de 230 pessoas para atender obras, inclusive fora do Estado, tais como: Estádio do Castelão, em Fortaleza e Shopping Ponta Negra, em Manaus.

Foram apuradas as entradas de materiais na RÓTULA METALÚRGICA LTDA, assim como remessa dos próprios clientes para fabricação. Contudo, não foi possível identificar perfeita sincronização entre a respectiva nota fiscal das peças fabricadas para a montagem e a consequente emissão da nota fiscal de serviço correspondente pela empresa RÓTULA ENGENHARIA. A falta de sintonia se deve ao fato de que, muitas das vezes, a nota fiscal de serviço somente é emitida no final da obra ou em cumprimento parcial da execução.

Traz ainda o citado Parecer a explicação do autuado que o SINTEGRA e CFAMT podem comprovar que a RÓTULA ENGENHARIA jamais adquiriu insumos para a fabricação ou beneficiamento (perfis e chapas metálicas), podendo ainda ser verificado junto à Gerdau e Arcelormittal, principais fornecedores da RÓTULA METALÚRGICA LTDA. Afirma que apresentou contrato de Prestação de Serviço da RÓTULA ENGENHARIA e contrato de fornecimento de material com a RÓTULA METALÚRGICA LTDA face às empresas Norberto Odebrecht e Salvador Shopping (DOC 03 e 04).

Destacou as notas fiscais 01900, 01919 e 01950 (fls. 1495/97) discriminando o perfil HA572 GR50 – “industrialização dos materiais recebidos da GERDAU AÇOMINAS, que ora estamos devolvendo devidamente industrializado e transformado em estruturas metálicas pré-fabricadas”, devidamente tributadas pelo ICMS; diz que foi possível encontrar notas fiscais de serviços emitidas pela RÓTULA ENGENHARIA para o mesmo shopping, a exemplo das notas fiscais nº 0099 (fl. 74), 450 (fl. 180) e nota fiscal nº 428 (fl. 189), todas tributadas pelo ISS, com a seguinte discriminação: “serviço de fabricação de perfis metálicos executados em nossas instalações não cabendo retenção de INSS na fonte”. Salienta que as notas fiscais de serviço foram emitidas para o Shopping Salvador, nos exercícios de 2006 e em 2008 (vigência do contrato).

Assinala a evidência de que as notas fiscais de serviço emitidas pela RÓTULA ENGENHARIA, que estão acostadas aos autos como prova do fornecimento de material junto com a prestação dos serviços e que, segundo os autuantes, deveriam ser tributadas também pelo ICMS, coincidem com o período das notas fiscais emitidas pela RÓTULA METALÚRGICA LTDA para o mesmo destinatário, compreendendo o mesmo período dos contratos da prestação de serviços. No caso das notas fiscais 01900 (fl. 1495) e a nota fiscal 0099, ambas foram emitidas na mesma data, em 18.09.06, o que não ocorre comumente. Diz que também, o valor do ativo imobilizado registrado na RÓTULA METALÚRGICA é maior do que o valor registrado na RÓTULA ENGENHARIA.

Consultou aos sistemas de controle de mercadorias (CFAMT) constatando que a RÓTULA METALÚRGICA LTDA possui razoável movimento, chegando a R\$ 2.000.000,00, (fls. 1274/78), na RÓTULA ENGENHARIA, não se observou qualquer nota fiscal nos registros do CFAMT. No sistema de pagamento de ICMS, expressivos valores foram feitos pela RÓTULA METALÚRGICA LTDA (R\$ 749.611,25, em 2007), fls. 1269/73. Constam pagamentos mensais em valor maior que o exigido no auto de infração, a exemplo do mês de fevereiro de 2006 com recolhimento de R\$ 86.075,03 e no auto de infração, R\$ 68.464,16.

Conclui o parecer aduzindo que o impugnante sequer possui livros fiscais, não consta aquisição de mercadorias ou insumos no sistema CFAMT, inexistência de maquinários pesados, apenas algumas ferramentas destinadas à montagem de peças. Em contrário, a RÓTULA METALÚRGICA LTDA dispõe de estrutura compatível à fabricação de peças, além do registro de documentação.

As demais observações, comprovadas pela visita in loco, os contratos de prestação de serviço e fornecimento de materiais firmados pelas duas empresas com o mesmo cliente mostram a simbiose das operações, havendo notas fiscais de remessa de material e de prestação de serviços, no mesmo período, inclusive, na mesma data. Diz o parecerista que apenas deixa de proceder ao novo demonstrativo para não interferir na decisão de mérito.”

O Diligente da ASTEC/CONSEF acostou documentos às fls. 1192 a 1433.

Intimado para conhecer o resultado da diligência (fl. 1436) o autuado voltou a manifestar-se às fls. 1429/1452 (volume V) reiterando os termos defensivos anteriores e apresentando a sua análise acerca do Parecer ASTEC 129/2012, reafirmando o pedido de julgamento pela improcedência da autuação. Os Auditores Fiscais, igualmente intimados do resultado da diligência, informaram que já se pronunciaram sobre o Auto de Infração. Preposto Técnico do autuado pediu vista dos autos, à fl. 1458.

O julgamento unânime em primeira instância decidiu pela improcedência do Auto de Infração conforme Acórdão nº 0151-01/13, às fls. 1460 a 1470. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração, no valor de R\$5.724.149,47, para constituir crédito tributário, sob a acusação da apuração de operação com mercadoria tributada, registrada pelo autuado como não tributada, considerando que os Auditores Fiscais constataram um estabelecimento sem inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia prestando serviço de fabricação de estrutura metálica executado nas suas instalações, sem recolhimento do ICMS.

Cumpre, antes, examinar a arguição de nulidade suscitada pelo impugnante, sob o argumento de que houve insegurança na base de cálculo do imposto exigido, uma vez que diversas notas fiscais que compuseram a base de cálculo do presente Auto de Infração, constam também de outro processo fiscal, lavrado contra RÓTULA METALÚRGICA LTDA - PAF 108580.0010/11-0.

Alega que houve ofensa aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, considerando que o Estado somente está autorizado restringir o patrimônio do particular, quando sua pretensão couber confiabilidade, clareza, razoabilidade, transparência, oportunizando ao administrado pleno direito à defesa e ao contraditório.

O exame dos autos mostra que as irregularidades levadas a termo no Processo Administrativo Fiscal - PAF estão alicerçadas nos documentos anexados. Está sobejamente demonstrado nas planilhas elaboradas pelo Fisco, o crédito tributário exigido, com a indicação das notas fiscais autuadas, data de emissão, base de cálculo, alíquota, imposto apurado, penalidades aplicadas, não havendo o que falar em falta de transparência ou nulidade do Auto de Infração.

Em contrário da exposição defensiva, os elementos juntados aos autos, determinam com clareza a base de cálculo do ICMS lançado, posto que as notas fiscais em duplicidades existiram tão somente no outro PAF nº 108580.0010/11-0 - RÓTULA METALÚRGICA LTDA, não sobrando espaço para arguição de insegurança jurídica ou agressão a qualquer outro princípio atinente aos direitos do contribuinte. O autuado pode exercer com liberdade e com os elementos de prova de que dispunha, a sua defesa; quando careceu de esclarecimentos adicionais, a autoridade julgadora de primeira instância determinou de ofício a realização de diligência, não estando o presente processo incluso em qualquer espécie de nulidade, nos termos do art. 18, RPAF/BA.

No mérito, explica o sujeito passivo que os mesmos sócios mantêm as duas empresas: A RÓTULA METALÚRGICA LTDA, que beneficia as estruturas metálicas e a autuado, RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGEM LTDA, que executa a montagem dessas estruturas, assinalando que apesar de complementares, as atividades são específicas e peculiares.

Completa que o estabelecimento autuado dispõe de avançada solução de engenharia aplicada a metalurgia, conquistou mercado, realiza grandes obras, que lhe renderam projeção e reputação no Norte e Nordeste do Brasil, tais como a reforma do aeroporto Internacional Deputado Luiz Eduardo Magalhães, a construção do Salvador Shopping, do Aeroclube Plaza Show, do Wet'n Wild, da Estação do Metrô de Brotas, do Complexo Hoteleiro de Sauípe, das Faculdades Jorge Amado, ampliação do Hospital Português, dentre outros. Afirma que, na maioria desses projetos, a clientela lhe exigia que também realizasse a montagem das estruturas metálicas beneficiadas, papel que coube a RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGEM LTDA. Conclui que não realiza vendas de estruturas metálicas, que sua atividade é de prestadora de serviço de montagem, atendendo a um projeto específico, com característica particular e determinada pelo próprio cliente, enquadrada no item 7.02 da lista anexa à LC 116/03.

Analisemos a questão que se coloca:

A repartição constitucional das competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios impõe que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta fontes próprias de arrecadação, informando daí a autonomia recíproca dos Entes Federados, sob a égide da Constituição Federal.

Por outro lado, essa atribuição de competência para instituir tributos constitui também uma forma de limitação ao poder de tributar, na medida em que, ao determinar quais os impostos que podem ser exigidos por cada Ente, delimita-se o campo fático que pode servir de suporte às exações, definindo o âmbito constitucional de cada imposto.

Cada entidade tributante, então, há de manter-se nos seus exatos limites, não invadindo a competência alheia, sob pena de incidir em bitributação, que designa a incidência de impostos de pessoas jurídicas diversas sobre o mesmo fato.

As materialidades do ISS e ICMS, que tangenciam a presente lide, são distintas, cada imposto tem seu campo próprio de incidência. Na prática, no entanto, em diversas situações surgem dificuldades no enquadramento fático à respectiva hipótese normativa. Mesmo com advento da Lei Complementar 116/2003, ao invés de solução, novos conflitos emergiram.

Distinguia-se, outrora, a prestação de serviço como a atividade que se dá de maneira artesanal. O Código Civil sepultou de vez tal critério, ao reconhecer o serviço como objeto da atividade econômica empresarial, prevendo a produção, a circulação de bens e serviços como elemento essencial para a caracterização da figura do empresário. A tese econômica de que a prestação de serviço consiste na circulação de bens imateriais está sobrepujada na atual conjuntura da exploração das atividades econômicas e pelos fatos eleitos pelo legislador como aptos à incidência do ISS.

Nos termos do art. 156, III, CF 88, o âmbito constitucional do ISS compreende os serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária estadual, definidos em lei complementar. O artigo 1º, § 2º, LC 116/03 (art. 3º, V, LC 87/96) prevê a possibilidade de serviços acompanhados do fornecimento de mercadorias.

Por sua vez, o ICMS é um imposto que incide não somente sobre a compra e venda de mercadorias, mas também sobre prestações de serviços específicos. O art. 155, § 2º, IX, b, CF 88 determina que o ICMS incidirá sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.

Antes tais pressupostos legais, temos, no caso concreto, as razões do autuado de que presta serviços de montagem de estruturas metálicas beneficiadas pela RÓTULA METALURGICA, empresa do seu grupo econômico, ou por outra empresa, contratada pelos clientes, a partir de projetos fornecidos pelos tomadores e que as atividades do estabelecimento autuado devem ser tributadas pelo ISS e não pelo ICMS.

Verifico dos exames das notas fiscais de serviços acostada aos autos, emitidas pelo autuado, a discriminação dos serviços: “fabricação de estrutura metálica executada em nossas instalações”. Além disso, no corpo do documento fiscal, a expressão que os serviços foram executados na sede da empresa. A explicação do autuado é no sentido de que tal expressão decorre da exigência dos seus contratantes. Observo, por outro lado, que o art. 149 da Instrução Normativa 971/2009, VI, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estabelece que não se aplicará a retenção do INSS FONTE à empreitada realizada nas dependências da contratada.

Em face da ausência de lógica entre a descrição contida nas notas fiscais emitidas pela RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA e as razões de defesa apresentadas pelo autuado, o PAF foi convertido em diligência, a fim de esclarecer a efetiva atividade desenvolvida pelo autuado.

Nesse sentido, o Parecer ASTEC 129/12 foi elucidativo, enfatizando que o estabelecimento autuado não realiza efetivamente a fabricação e o beneficiamento das estruturas metálicas, conforme constam dos documentos “nota fiscal fatura de serviços”, emitidos pelo estabelecimento autuado, o que levou ao Fisco estadual interpretar pela incidência do ICMS.

A pesquisa da diligência foi realizada fisicamente no local onde funciona o estabelecimento autuado, não detectando a presença do “chão de fábricas”, de maquinários para realizar a modificação dos perfis e beneficiamento de estruturas metálicas. O preposto do Fisco, encarregado da diligência, visitou também a RÓTULA METALÚRGICA LTDA, constatando no galpão, a presença de máquinas, equipamentos pesados, fixados no solo, estoque de materiais utilizados, identificados, inclusive, nos registros contábeis dessa empresa.

Em pesquisa aos sistemas do CFAMT e SINTEGRA, da própria Secretaria da Fazenda, restou confirmado que o autuado não efetuou compras dos insumos ou materiais necessários para o benefício das estruturas, objeto do presente auto de infração. Os próprios contratos de prestação de serviços, acostados aos autos (fls. 1353/1433) firmam com a RÓTULA METALÚRGICA LTDA o beneficiamento de materiais e o transporte até o local da obra e a RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA, o objeto do contrato de prestação de serviço é a montagem e lançamento de perfis metálicos para a composição das obras; furação, montagem, soldagem, pintura, instalações de construções metálicas diversas, com materiais fornecidos pelos contratantes.

Sintetiza, enfim, o estabelecimento autuado, RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA, que presta serviços de instalação e montagem de estruturas metálicas, estando, pois, a sua atividade enquadrada no item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, sujeita à incidência exclusiva do ISS e não do ICMS, como pretende o Fisco.

Conforme se pode extrair da Lei Complementar nº 116/2003, que descreve as hipóteses de incidência dos serviços prestados, limitando a atuação tributária municipal, no tocante aos serviços do subitem 7.02 da Lista de Serviços, abaixo descrito, haverá incidência do ISS sobre a mão de obra e de ICMS sobre o material fornecido:

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).

Apóia-se, nesse quesito, a tese do autuado. É também o entendimento dominante, inclusive da jurisprudência, haja vista a Súmula nº 167 do Superior Tribunal de Justiça.

As obras de instalação e montagem de unidades industriais e de estruturas em geral (madeira, metálicas ou de concreto armado), são assentadas ao solo ou fixadas em edificações e consideradas espécies do gênero construção civil. Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e prática de ISS, Editora Revista dos Tribunais – SP, 1984), o que caracteriza o perfil de tais obras como categoria de construção civil é o fato de a operação fixar algo ao solo e ser efetuado fora do estabelecimento industrial.

No caso concreto, constatou-se que a RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA., na qualidade de prestador de serviços adquiriu bens de terceiros para emprego na obra contratada, ficando sujeita apenas ao ISS. Incidiria na obrigação de pagar ICMS, todavia, se provado o fornecimento pela própria RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS, de mercadorias fora do local da obra, o que não ocorre na presente lide.

Sabe-se que o contribuinte para atingir o resultado econômico pretendido, está habilitado livremente na escolha do arcabouço negocial que melhor lhe aprouver para reduzir custos e otimizar lucros. É lícito, portanto, as decisões que objetivem reestruturação dos negócios empresariais e, segundo o próprio Texto Constitucional, que prestigia o direito de propriedade (art. 5º, XXII), a livre iniciativa e o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170), devendo mesmo o administrador empregar todos os recursos para atingir aos objetivos da empresa, sendo-lhe autorizado estruturar-se de forma que o exercício de suas atividades seja menos oneroso.

Competindo, em contrapartida, à autoridade tributária lançar de ofício, caso o particular, no desenvolvimento de suas atividades negociais, pratique atos simulados, com vista a evitar ou mitigar a aplicação da norma tributária ou quando incorra em simulação para atrair vantagem ou benefício ilícito, que não teria direito, o que não ocorre, no caso concreto, de acordo com todo o exposto e o conteúdo das diversas provas acostadas no PAF, em debate.

A propósito, constato que o Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 108580.0010/11-0, lavrado anteriormente, contra a RÓTULA METALÚRGICA LTDA, a outra empresa do mesmo grupo empresarial, discutida no presente Auto de Infração, foi declarado nulo, através do acórdão JJF 0081-02/12, (confirmado pelo ACÓRDÃO CJF Nº 0006-13/12), uma vez que foram consideradas, de forma acumulada, na apuração do ICMS exigido naquele PAF, as notas fiscais emitidas pela RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA.

Conforme consta da aludida decisão, a nulidade teve como fulcro, o fato de que a autuação em desfavor da RÓTULA METALÚRGICA LTDA (CNPJ 33.871.336/0001-89) foi baseada em documentos fiscais emitidos pela RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA (CNPJ 083.205.074/0001-84), considerando que documentos fiscais estranhos ao estabelecimento fiscalizado, não lhe pode emprestar certeza quanto à ocorrência da infração e nem quanto ao montante devido, o que definiu a nulidade daquele Auto de Infração nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Independente da lide debatida no presente Auto de Infração, não ser colhida pela nulidade, o que autorizaria à autoridade que a decretou, representar pela repetição dos atos, a salvo de falhas (art. 21, RPAF/BA), entende que também no caso presente, improcedente a exigência fiscal, pela ausência do fato gerador da obrigação de pagar o ICMS exigido, cabível a esse órgão julgador representar à autoridade fiscal do domicílio do contribuinte autuado, na avaliação da necessidade da fiscalização conjunta dos dois estabelecimentos em questão. Em face ao todo o exposto, sou pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Na assentada de julgamento nesta 3ª CJF, o proprietário da empresa e o seu Advogado afirmaram que embora os autuantes tenham mencionado, no Auto de Infração, que no endereço do contribuinte funcionam três estabelecimentos, em realidade funcionam apenas dois, sendo um o do autuado e o outro o da empresa Rótula Metalúrgica Ltda., ambos visitados por ocasião da realização da diligência fiscal pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício.

Não merece reparo a decisão recorrida.

No julgamento da lide faz-se indispensável a perquirição da verdade material. No caso em apreciação, apenas uma verificação fiscal no local onde instalado o estabelecimento do autuado poderia dirimir qualquer dúvida acerca da prática, ou não, de operação sob incidência do ICMS, sem o devido recolhimento do tributo. Conforme teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 129/2012 e afirmativas do autuado nesta sessão de julgamento, no endereço do autuado funcionam dois estabelecimentos autônomos, um da empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.” e um do autuado, empresa “Rótula Engenharia e Montagens Ltda.”.

O autuado foi acusado pelo Fisco, com base nas descrições que o sujeito passivo desta lide fez em suas Notas Fiscais-Fatura de Prestação de Serviços, de em sua sede beneficiar e industrializar produtos como ferro e aço.

O contribuinte contestou a acusação argumentando, dentre outros pontos, que a observação escrita nas suas Notas Fiscais-Fatura não significava que ele, autuado, fabricava e beneficiava mercadorias fora do local da obra, e sim que nas Notas Fiscais colocava a observação de fabricação de estruturas em sua sede apenas para atendimento de requisitos de seus contratos comerciais.

A Junta de Julgamento Fiscal então determinou a realização, por Fiscal estranho ao feito, da diligência descrita no Relatório que antecede este voto e o Auditor Diligente designado para cumpri-la asseverou, no Parecer ASTEC/CONSEF nº 129/2012, acostado às fls. 1186 a 1191 (volume V), a não aquisição de matéria-prima, e nem de insumo, pelo autuado, para a construção e beneficiamento, fora do estabelecimento, das estruturas metálicas objeto das operações que lastreiam a imputação fiscal. Também relatou a inexistência, na sede do autuado, de máquinas de usinagem necessárias à fabricação de estruturas metálicas, e a existência de equipamentos utilizados em montagens, equipamentos estes que estavam sendo colocados em caminhões que se destinavam a locais de obra.

O Auditor Fiscal designado anexou fotografias e outros documentos às fls. 1192 a 1433 e, analisando os dados trazidos aos autos pelo Diligente, a JJF chegou à conclusão possível, que é a improcedência da autuação porque não resta provada a fabricação e nem o beneficiamento, pelo autuado, de estruturas metálicas fora do local da obra.

Uma vez que o voto que baseia a decisão de primeira instância consta integralmente transcrito no Relatório que antecede este voto, pela desnecessidade de ser repetitiva não repriso as detalhadas ponderações ali expostas, com as quais concordo e que aqui reitero de forma integral.

Contudo, por cautela, com a qual me coaduno e cuja proposição endosso, foi sugerido pela JJF, à Administração Tributária, a análise da necessidade de realização de uma nova ação fiscal, englobando o estabelecimento do autuado “Rótula Engenharia e Montagens Ltda.”, e o estabelecimento da empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.”, ambos neste Estado, para verificar a regularidade do cumprimento das suas obrigações tributárias principal e acessórias.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou IMPROCEDENTE 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 de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0602/11-5**, lavrado contra **RÓTULA ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA.**

Recomenda-se, a critério da autoridade administrativa competente, a realização de nova ação fiscal incluindo o estabelecimento da empresa autuada e o da empresa “Rótula Metalúrgica Ltda.”, situados neste Estado, para verificação da regularidade do cumprimento das suas obrigações tributárias principal e acessórias.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2013

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS