

A. I. N° - 147323.0019/04-4
AUTUADO - BRASQUÍMICA PRODUTOS ASFÁLTICOS LTDA
AUTUANTES - ANSELMO LEITE BRUM e JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 06/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-05/05

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA EMPRESA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. O autuado comprovou que a maior parte das operações questionadas era destinada a contribuintes do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração confirmada. Rejeitada a preliminar de decadência suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 29/11/04, para exigir ICMS no valor de R\$871.753,25, acrescido da multa de 60%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$151,71, em razão das seguintes infrações:

1 - “Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” – R\$871.753,25. Em complemento a acusação, o autuante consignou que: “O contribuinte fornece para empresas de construção civil, estabelecidas em outras unidades da Federação, produtos asfálticos. Tais produtos são utilizados na prestação de serviços previstos nos itens 32 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/88 e suas alterações posteriores, diretamente nas obras, não caracterizando materiais produzidos fora do local da obra, única situação que conduziria à condição de contribuinte do ICMS a empresa do ramo de construção civil. Os fornecedores de mercadorias para empresa do ramo de construção civil deveriam, até 31.12.2002, cumprir as determinações do Convênio ICMS 71/89. A partir daquela data, seguir, se fornecedor de estado signatário deste, as determinações do Convênio ICMS 137/02. Isto posto, conclui-se que empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo na exceção acima descrita, o que obriga ao fornecedor, identificar a condição de contribuinte do seu cliente, obrigação normatizada pelo Convênio ICMS 137/02”.

2 - “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal” – R\$151,71.

O autuado, através de advogada, apresenta impugnação às fls.125 a 164, inicialmente informando que providenciou o recolhimento (fl.172) do valor exigido na infração 2.

Em relação à infração 1, inicialmente alega a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no ano de 1999. Entende que sendo o ICMS típico tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial a ele aplicável deve ser o disciplinado no art. 150, §4º, do CTN, que transcreve. Acrescenta que da análise de tal dispositivo, conclui-se que, uma vez verificado o pagamento do tributo e decorridos cinco anos da ocorrência

do fato gerador, reputa-se tacitamente homologado o procedimento efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN, que também transcreve. Aduz que no caso em tela, o contribuinte tomou ciência do lançamento em 04/01/05, e que já havia sido homologado tacitamente os pagamentos relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 1999. Apresenta, ainda, algumas lições de renomado tributarista, bem como algumas decisões de outros tribunais, com o fito de amparar sua tese.

No mérito, diz que reconhece o débito apenas no que diz respeito à venda relativa à nota fiscal nº 6848, emitida em 30/08/99, haja vista que a empresa destinatária da mercadoria não se reveste da condição de contribuinte do ICMS. Efetua o recolhimento do imposto no valor de R\$441,77, de acordo com cópia de DAE anexado à fl.175. Não concorda, em relação aos demais valores exigidos com base nos seguintes argumentos:

- diz que está sendo cobrado imposto relativo a vendas que foram efetivamente canceladas, e apresenta demonstrativo à fl. 137, relacionando os documentos fiscais, bem como anexa aos autos cópias dos mesmos para comprovar sua afirmação;
- afirma que algumas operações que foram objeto de cobrança, foram realizadas para efetivos contribuintes do ICMS, que relaciona à fl. 140, sendo correta a aplicação da alíquota de 12%;
- aduz que as demais operações questionadas, foram relativos a vendas para empresas do ramo de construção civil, localizadas em Estados que as consideram contribuintes do imposto, razão porque entende correta a aplicação da alíquota de 12%. Transcreve parte da legislação das unidades da Federação envolvidas nas operações, acosta aos autos demonstrativos das notas fiscais e das empresas que adquiriram as mercadorias, além de vasta documentação obtida dos Estados destinatários e do SINTEGRA, com o intuito de comprovar a condição de contribuinte das empresas de construção civil em exame;
- aponta, ainda, alguns erros de soma nos levantamentos efetuados pelos autuantes que exemplifica às fls. 161/162.

Ao final, requer diligência, pede que seja declarada a decadência dos valores exigidos nos meses de janeiro a dezembro de 1999, e solicita que a infração 01 seja julgada improcedente, no que diz respeito às vendas canceladas e às efetuadas para contribuintes, incluindo as empresas de construção civil.

Os autuantes em informação fiscal às fls. 403/406, inicialmente dizem que vão se deter no mérito da autuação, uma vez que o CONSEF já tem uma posição definida quanto à questão de decadência do crédito tributário.

No mérito, a princípio esclarecem o motivo da autuação, ressaltando que a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do ICMS de algumas empresas. Dizem que o Convênio ICMS 137/02 instituiu um documento que deveria ser expedido pelo fisco, declarando a condição de contribuinte do destinatário das mercadorias, e deveria ser emitido a partir da competência 11/2002. Aduzem que o autuado não apresentou a referida declaração relativamente às operações nos meses de novembro e dezembro/2002. Quanto às operações realizadas entre 1999 a 2002, entendem que apesar de não ser obrigação do autuado apresentar a declaração já citada, as mesmas tiveram como destino empresas não contribuintes do ICMS, e consideram que a finalidade das aquisições das mercadorias (asfalto) é a utilização na prestação de serviços não tributados pelo referido imposto. Quanto à documentação apresentada pelo autuado em sua peça defensiva, acatam as comprovações das vendas canceladas, bem como a situação de contribuinte das empresas que o autuado relacionou à fl. 40 de sua defesa, além de reconhecerem alguns equívocos cometidos nas somas de seus levantamentos. No que diz respeito às empresas de construção civil, aceitaram a condição de contribuinte para aquelas situadas nos Estados de Alagoas e Ceará. Em relação às empresas de construção civil, inscritas nos Estados

de Pernambuco, Piauí, Paraíba e Sergipe, entendem que a legislação dessas unidades da Federação não reconhecem a condição de contribuinte das empresas em exame, nos períodos objeto da autuação.

Ao final, após as retificações procedidas (fls.407 a 434), apresentaram novo demonstrativo de débito (fl.405), reduzindo o valor a ser exigido na infração 01 para R\$455.484,47.

O autuado em nova manifestação, às fls.437 a 469, volta a ratificar seu questionamento a respeito da decadência dos valores exigidos no exercício de 1999. No mérito, faz as seguintes observações:

- que os atuantes não fizeram referência aos atestados que declaram a condição de contribuintes, anexados aos autos por ocasião da sua primeira defesa (Docs. 08 a 31), fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais;
- que apesar de ter comprovado o cancelamento das Notas Fiscais nºs 9068 e 9201, as mesmas continuaram constando do novo demonstrativo de débito apresentado pelos autuantes (fl. 418);
- que os atuantes não analisaram as informações prestadas pelas diversas Secretarias Estaduais, em relação a sua consulta sobre a condição de contribuinte, das empresas que relaciona às fls. 458 a 461 dos autos;
- que a empresa Casal – Investimentos Imobiliários Ltda, situada no Estado de Pernambuco é contribuinte do imposto, já que a legislação daquela unidade da Federação (que transcreve) sofreu diversas alterações no período de 1999 a 2001. Diz que tais alterações não foram analisadas pelos atuantes, afirmando que no período mencionado o Estado em questão já enquadrava as empresas de construção civil como contribuinte do imposto;
- questiona, ainda, a situação das empresas de construção civil, nos Estados do Piauí, Paraíba e Sergipe, transcrevendo trechos das respectivas legislações, com o intuito de demonstrar que os referidos Estados também já enquadravam as empresas de construção civil como contribuinte do ICMS.

Ao final, ratifica seu pedido de decadência dos valores exigidos no exercício de 1999, e solicita que a infração 01 seja julgada improcedente, no que diz respeito às vendas canceladas e às efetuadas para as empresas de construção civil.

Tendo em vista a impugnação apresentada pelo autuado às fls. 437 a 469, onde o mesmo trouxe novas alegações no que diz respeito ao seu entendimento em relação à primeira infração, a 4ª JF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de Origem (fl.478), para que os atuantes prestassem nova informação fiscal, observando ao disposto no parágrafo 6º, do artigo 127, do RPAF/99.

Os atuantes se manifestaram às fls.481 a 483, dizendo que os atestados que declaram a condição de contribuintes, fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais, foram acatados, nessa oportunidade, e que os valores exigidos estão sendo expurgados dos seus demonstrativos. Ressalta, porém, que o Estado do Piauí somente atestou a condição de contribuinte (fl.271) da Construtora Sucesso S/A, permanecendo a exigência sobre as demais operações para esse Estado. No que diz respeito ao questionamento da cobrança em relação às Notas Fiscais nºs 9068 e 9201 que foram canceladas, reconhecem o equívoco e informam que os valores também estão sendo expurgados do seu demonstrativo.

Ao final, após as retificações procedidas (fls.484 a 488), apresentaram novo demonstrativo de débito (fl.483), reduzindo o valor a ser exigido na infração 01 para R\$25.476,11.

O autuado novamente se manifestou às fls.491/500, ratificando os termos de sua defesa inicial e dizendo que apesar dos autuantes terem reconhecido que a Construtora Sucesso S/A, sediada no Estado do Piauí, é contribuinte do imposto, continuaram a exigir pagamento do ICMS, referente às operações realizadas no exercício de 2001, no montante de R\$4.623,25, conforme demonstrativo à fl.487. Questiona, ainda, a situação das empresas Construtora Queiroz Galvão, Tucumann Engenharia e Empreendimentos Ltda e da Construtora Getel Ltda, reiterando suas alegações de que as mesmas são contribuintes do ICMS, e juntando documentos às fls.501 a 504, visando comprovar sua argumentação.

Tendo em vista a impugnação apresentada pelo autuado às fls. 491 a 500, onde o mesmo apresentou nova alegação e documentação, além de reiterar outros pontos controversos, no que diz respeito ao seu entendimento em relação à primeira infração, esta 4ª JF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de Origem, para que os autuantes pudessem se manifestar a respeito:

Os autuantes manifestaram-se às fls.513/514, reconhecendo a cobrança indevida sobre as operações com a Construtora Sucesso S/A, bem como a condição de contribuinte das empresas Construtora Queiroz Galvão, Tucumann Engenharia e Empreendimentos Ltda e da Construtora Getel Ltda. Ao final, apresentam novo demonstrativo de débito (fl.514), dizendo que foram excluídos todos os valores cobrados indevidamente, restando aqueles não comprovados. Após as novas retificações o valor do débito foi reduzido para R\$3.830,38 (infração 01).

O autuado manifestou-se às fls.517 a 523, reiterando todos os termos dos argumentos jurídicos até aqui alegados, pugnando pela improcedência do lançamento fiscal e entendendo que o valor remanescente não merece acolhida. Alega que os autuantes continuam exigindo imposto relativo a operações com empresas que são comprovadamente contribuintes do ICMS. Informa que, na oportunidade, anexa aos autos comprovação da condição de contribuinte das empresas Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda, MAC- Mesquita Andrade Construções Ltda, Construtora Jurema Ltda e MED Construções Ltda, sediadas nos Estados do Pará, Rio Grande do Norte, Maranhão e Rio Grande do Norte, respectivamente.

Em nova manifestação às fls.533 a 535, o autuado diz que o montante autuado foi substancialmente reduzido, em face das comprovações feitas. Ressalta, quanto ao valor remanescente, que o CONSEF, em casos análogos, vem julgando improcedente o lançamento fiscal pelo fato do ônus da prova caber ao autuante. Anexa cópia do Acórdão CJF nº 0155-12/05, visando amparar sua argumentação. Ao final, dizendo que um simples indício de infração não autoriza a fiscalização lavrar um Auto de Infração arrimado em suposições, sem provas concretas, pede a inteira improcedência da infração 01.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código

Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Na situação em análise, os fatos geradores questionados ocorreram no exercício de 1999 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2004. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/11/2004, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

Vale ressaltar, que o entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados.

No mérito, a primeira infração exige ICMS alegando que o autuado cometeu erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas interestaduais de mercadorias (produtos asfálticos), tendo em vista que as empresas destinatárias do ramo de construção civil, não atendiam as condições de contribuintes do imposto.

O autuado reconheceu o débito apenas no que diz respeito à venda relativa à nota fiscal nº 6848, emitida em 30/08/99, no valor de R\$441,77. No entanto, em relação aos demais valores exigidos, não concordou com a cobrança, argumentando que algumas notas fiscais foram canceladas, e que as demais operações foram realizadas para efetivos contribuintes do ICMS, ou para empresas do ramo de construção civil, localizadas em Estados que os consideram contribuintes do imposto, razão porque entende correta a aplicação da alíquota de 12%. Apontou, ainda, alguns erros de soma nos levantamentos efetuados pelos autuantes.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, entendo que assiste razão em parte ao autuado, valendo ressaltar que os próprios autuantes acataram a exclusão das operações que foram canceladas, corrigiram os erros de soma nos seus levantamentos, bem como reconheceram a condição de contribuintes da maior parte das empresas destinatárias das mercadorias, depois de analisarem por três oportunidades a documentação juntada aos autos pelo sujeito passivo, por ocasião de suas manifestações (legislação das unidades da Federação envolvidas nas operações, comprovações obtidas no sistema SINTEGRA, atestados que declaram a condição de contribuintes, fornecidos pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Piauí, e Minas Gerais).

Todavia, mesmo após as reduções acatadas pelos autuantes, que na última manifestação apresentaram novo demonstrativo de débito (fl.514), retificando o valor exigido para R\$3.830,38, o autuado voltou a juntar novos documentos solicitando a improcedência total da infração em comento, sob o argumento ainda de que como o montante autuado foi substancialmente reduzido, que o CONSEF, em casos análogos, vem julgando improcedente o lançamento fiscal pelo fato do ônus da prova caber ao autuante. Anexou cópia do Acórdão CJF nº 0155-12/05, visando amparar sua argumentação.

Entretanto, discordo do pleito do autuado, tendo em vista que a simples inscrição nos cadastros estaduais não determina a condição de contribuinte do ICMS, e como os autuantes apresentaram as notas fiscais dessas operações, cabe ao autuado comprovar que as referidas empresas são efetivamente contribuintes do imposto, assim como procedeu com relação à diversas operações que foram excluídas da exigência.

Porém como na penúltima manifestação o autuado ainda apresentou comprovação da condição de contribuinte das empresas Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda, MAC-Mesquita Andrade Construções Ltda, e MED Construções Ltda, nos mesmos moldes dos que foram acatados pelos autuantes, concordo com as exclusões relativas às suas operações, no débito apurado, o que resulta na redução do valor a ser exigido para R\$1.673,59.

Vale ainda ressaltar, que o documento juntado ao processo (fl.527), relativo à Construtora Jurema não foi aceito como prova da situação de contribuinte dessa empresa, já que o referido documento, emitido pelo SINTEGRA, não informa a data em que a empresa foi inscrita, apenas constando seus dados e situação no cadastro em 16/12/02, onde consta “habilitado com restrições”, sendo que a operação questionada que exige o valor de R\$768,10, é relativa ao exercício de 2000.

No que diz respeito à infração 2, o autuado reconheceu a procedência da mesma, inclusive providenciando o recolhimento do débito, não havendo, dessa forma, necessidade de maiores considerações.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, homologando-se os valores já recolhidos, de acordo com os demonstrativos abaixo:

Infração 01:

Data Ocorrência	B. de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor em Real
30/04/99	1.636,24	17%	60%	278,16
31/08/99	2.598,65	17%	60%	441,77
31/01/00	184,59	17%	60%	31,38
28/02/00	39,59	17%	60%	6,73
30/06/00	36,76	17%	60%	6,25
30/11/00	4.518,24	17%	60%	768,10
28/02/02	830,59	17%	60%	141,20
TOTAL				1.673,59

Infração 02:

Data Ocorrência	B. de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor em Real
28/02/00	54,00		10%	5,40
31/10/00	425,00		10%	42,50
31/05/02	1.038,10		10%	103,81
TOTAL				151,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147323.0019/04-4**, lavrado contra **BRASQUIMICA PRODUTOS ASFÁLTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.673,59**, sendo R\$1.532,39 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$141,20 acrescido da multa de 70% prevista no mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$151,71**, sendo R\$47,90, atualizado monetariamente e R\$103,81, prevista no art. 42, IX, da mesma lei supra citada, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR