

PROCESSO - A. I. Nº 121644.0001/07-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - IPIRANGA ASFALTOS S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0264-01/07
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 28/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0511-12/07

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. Estando o destinatário, no presente caso empresa de construção civil, localizado em outro Estado e sendo contribuinte do ICMS, confirmado pelo atestado a que se refere o acordo firmado entre as unidades federativas envolvidas, a alíquota aplicável é a prevista para as operações interestaduais, conforme foi aplicada pelo autuado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007 e reclama recolhimento do imposto no valor de R\$62.254,21, em razão do recolhimento a menos do ICMS relativo às vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da federação, utilizando alíquota interestadual, ocorridas nos meses de janeiro a junho, novembro e dezembro de 2005, janeiro, maio, junho, setembro a dezembro de 2006.

O sujeito passivo, por seu representante legal, em defesa administrativa às fls. 24 a 35 dos autos, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração.

Alega que a sistemática para venda a consumidor final é prevista no art. 155, VII e VIII da Constituição Federal, que indica a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto e a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte dele.

Lembra a definição de contribuinte dada pelo Convênio 66/88, em sua art. 21, e que os estados e Distrito Federal, firmaram que o Convênio ICMS 71/89, regulou as operações interestaduais com as construtoras teve vigência até a edição do Convênio ICMS 137/2002, que passou a regular a matéria, revogando o anterior acordo.

Assevera que o Convênio ICMS 137/2002 determinou que para considerar a empresa de construção civil como contribuinte do ICMS, há necessidade de emissão de “Atestado de Contribuinte” pelo Estado membro da Federação, onde a empresa adquirente estiver sediada.

Continua, alegando que além do mais, obteve da SEFAZ a resposta à Consulta de nº 19044420025, datada de 05/03/2003, trazendo a orientação para que a impugnante exija o referido atestado de contribuinte.

Entende que, dessa forma, o aludido atestado é a condição determinante para que o remetente adote o procedimento fiscal correto.

Argüi que a definição de contribuinte é dada pela Lei Complementar nº 87/96, nos termos do art. 146, II, alínea “a” da CF.

Afirma que o cadastro de contribuintes serve para atribuir à determinada pessoa jurídica ou física a condição de contribuinte regular perante o ICMS, não obstante tal condição, somente surgir quando efetivamente praticado o fato gerador.

Traz o julgamento da ADIM que originou o Processo DRT-1 nº 10980/93, da primeira Câmara Especial do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, em sessão realizada dia 05/11/99, e chama a atenção do voto em separado proferido no acórdão.

Argumenta que o autuante não observou o Convênio ICMS 137/2002, considerando indistintamente as empresas construtoras como não contribuintes.

Consigna que os Estados de Alagoas e Pernambuco, conforme relação que anexa (indicando o número das notas, a empresa construtora, as datas de emissão, o início da condição de contribuinte), atestaram a condição de contribuinte das empresas relacionadas e que foram destinatárias das notas em questão.

Afirma que a boa-fé da impugnante, em consonância com os dispositivos trazidos pela defesa, não podem sugerir a prática de crime de sonegação fiscal, razão pela qual requer, desde já, seja interrompido eventual comunicado ao Ministério Público.

Pede, por fim, a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante às fls. 87 a 94 dos autos, apresenta sua informação fiscal, inicialmente lembrando que o art. 155, VII, “b”, indica a alíquota interna, quando o destinatário for consumidor final.

Entende que a questão central reside no fato dos adquirentes do autuado serem ou não contribuintes do ICMS.

Reproduz os dispositivos contidos no art. 146, inciso II, “a” da CF e o art. 4 da Lei Complementar nº 87/96, que determina o que é contribuinte do ICMS.

Traz as disposições do Convênio ICMS 71/89, que trata da questão, e se insurge contra competência dos Convênios nº 71/89 e 137/02 para determinar o que é contribuinte do ICMS, pois é matéria de Lei Complementar (87/96), não podendo o CONFAZ mudar o critério de definição indicado na referida lei.

Argumenta que se tributa a circulação e não a mercadoria. A operação ocorreu neste Estado, sendo este credor do imposto gerado na operação, uma vez que o destinatário é consumidor final, aplicando-se a alíquota interna, além do mais, as mercadorias constantes das notas foram aplicadas no canteiro de obra e a alíquota aplicada pelo autuado foi a interestadual, quando deveria ser a interna.

Conclui por manter a autuação em sua totalidade, entendendo desnecessário o encaminhamento ao Ministério Público por entender se tratar de erro de interpretação da legislação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“A infração imputada ao autuado é concernente a recolhimento a menos do ICMS em razão da venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da federação, utilizando alíquota interestadual.

O autuado afirma que vendeu as mercadorias a empresas de construção civil inscritas em seus estados de origem como contribuintes do ICMS. Assevera que o Convênio 137/2002, determina que é necessário para a condição de contribuinte e, portanto, aplicação da alíquota interestadual a emissão do “Atestado de Contribuinte” pelo Estado destinatário e signatário do referido acordo.

Afirma que obteve da SEFAZ a resposta à consulta de nº 19044420025, datada de 05/03/2003, trazendo a orientação para que a impugnante exija o referido atestado.

Entende que, dessa forma, o aludido atestado é a condição determinante para que o remetente adote o procedimento fiscal correto.

O autuante entende que o CONFAZ não tem competência para editar acordos interestaduais para estabelecer o que é contribuinte, haja vista que a Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96 é quem datem esta competência.

Afirma que as mercadorias constantes das notas fiscais que relacionou para cobrança do imposto serão utilizadas no canteiro de obra, serviço que sofrerá a incidência do ISS.

Após a análise dos elementos de fato, de direito e as provas trazidas aos autos, em consonância com o entendimento do autuante, efetivamente, o cerne desta questão está em saber se as empresas de construção civil que adquiriram as mercadorias, alvo da infração apontada, são ou não contribuintes do ICMS.

Ocorre, que diante da existência de decisões judiciais conflitantes quanto à condição de contribuinte ou não do ICMS relativamente às empresas de construção civil, e, considerando em qualquer hipótese, as operações de circulação de mercadorias realizadas pelas mencionadas empresas devem ser tributadas pelo ICMS, independentemente da repartição de receita entre os Estados, resolveram os Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe e o Distrito Federal, com as adesões posteriores de Alagoas, Mato Grosso, Amazonas, Roraima e Tocantins celebrar o Convênio 137/02.

O aludido Convênio, estabeleceu, através de suas cláusulas primeira e segunda, que as unidades federativas signatários deveriam estabelecer em suas respectivas legislações que em relação à operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização, desde que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano.

“Cláusula primeira Acordam os Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe e o Distrito Federal em estabelecer nas respectivas legislações em relação à operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interestadual no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano.

Redação original, efeitos até 08.04.03.

“Cláusula primeira Acordam os Estados do Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Sergipe e o Distrito Federal em estabelecer nas respectivas legislações em relação a operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização.”

§ 1º O disposto no "caput" não se aplica no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano.”

O Estado da Bahia é signatário do Convênio ICMS 137/2002, e fez constar em sua legislação exatamente o que determinou o aludido acordo em seu art. 50, § 5º do RICMS/BA, conforme segue:

“Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

§ 5º Somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do “Atestado de Condição de

Contribuinte do ICMS”, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano (Conv. ICMS 137/02).”

Ocorre que o autuado apresenta os Atestados de Condição de Contribuinte do ICMS, extraídos do Sintegra (fls. 42 a 63), forma esta que os Estados encontraram para facilitar o aludido atestado, previsto no Convênio 137/02, provando que os adquirentes das mercadorias são inscritos como contribuintes do ICMS nos cadastros dos Estados onde estão estabelecidos.

Entendo que se estão inscritos como contribuintes do ICMS, é porque o são, até prova em contrário.

Efetivamente, só poderia acolher os argumentos de que os destinatários (Empresas de Construção Civil) não são contribuintes se houvessem elementos probatórios que fundamentassem irrefutavelmente o atestado do Estado em que estão situados, ou fosse demonstrado que os atestados não são legítimos.

Assim, considerando que o Estado da Bahia é signatário do Convênio 137/02, juntamente como as unidades federativas onde estão situados os destinatários das mercadorias (Pernambuco e Alagoas); considerando que a Bahia, em seu RICMS/BA, reconhece a condição de contribuinte da empresa de construção civil estabelecida nos estados signatários do aludido acordo através do atestado fornecido pelas unidades federativas em que estejam estabelecidas; considerando que o autuado apresentou às fls. 42 a 63, os mencionados atestados; considerando que não há evidências de que os referidos atestados são inidôneos, e, por fim, considerando não há provas de que, apesar dos atestados, as empresas de construção cível em questão, não são contribuintes do ICMS:

concluo que a alíquota aplicável nas operações realizadas pelo autuado, que é estabelecido neste Estado, com destino às empresas de construção cível estabelecidas em outras unidades da federação, em questão, ou sejam, Alagoas e Pernambuco, signatárias do Conv. 137/2002, é, efetivamente, a interestadual, portanto, corretamente aplicada.

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

A JJF recorre da Decisão a este Conselho de Fazenda, nos termos do art.169 I, ”a” do RPAF/99.

VOTO

Nada a acrescentar à Decisão de primeiro grau, que se encontra devidamente respaldada na documentação acostada ao processo pelo autuado, demonstrando que as empresas destinatárias das mercadorias são contribuintes do ICMS em seus estados, atendendo, dessa forma, ao requisito estabelecido no Convênio ICMS 137/02, do qual o Estado da Bahia é signatário. Correta, portanto, a alíquota aplicada pelo contribuinte nas operações objeto da ação fiscal.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 121644.0001/07-7, lavrado contra **IPIRANGA ASFALTOS S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. DA PGE/PROFIS