

PROCESSO - A. I. Nº 45022208/91
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A. (REDIMIX).
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 25/02/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0007-12/14

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO. AQUISIÇÃO DE CAMINHÃO. CONCRETEIRA. ATIVIDADE SUJEITA À INCIDÊNCIA DO ISS E NÃO DO ICMS. Representação proposta com base no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja julgado improcedente o lançamento de ofício, tendo em vista que o autuado não se reveste da condição de contribuinte do ICMS. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a Improcedência do Auto de Infração em epígrafe, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação referente a um caminhão novo, modelo L-1618/59, fabricado no ano de 1991, “*encontrado entrando neste Estado c/a NF 065653 de 28/02/91*”.

Foi lavrado Termo de Revelia, porque o autuado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defesa (fl. 12) e, em seguida, o débito foi inscrito na Dívida Ativa e levado à execução judicial (fls. 13 a 28).

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, emitiu Parecer (fls. 33 a 35) apresentando os seguintes argumentos:

1. o autuado é empresa que atua no fornecimento de concreto pronto para construção civil, combinando, “*em betoneiras acopladas a caminhões, areia, brita, e cimento, materiais que, misturados, no trajeto até obra, resultam o concreto que é fornecido no local da construção civil*”.
2. tal atividade, conforme a jurisprudência sedimentada em nossos Tribunais, por não constituir comercialização de mercadorias e sim prestação de serviços não incluídos na hipótese de incidência do ICMS, não se sujeita à incidência do aludido tributo;
3. esse posicionamento foi oficialmente adotado pelo próprio Fisco baiano que, rendendo-se ao entendimento de que as empresas fornecedoras de concreto não são contribuintes do ICMS, terminou por editar o Ato Declaratório nº 03/2002 que, assentado em tal premissa, determinou o cancelamento das autuações cujo objeto fosse a exigência de ICMS sobre a referida atividade;
4. assim, muito embora o citado ato declaratório não possa ser diretamente aplicado ao lançamento em tela, o próprio pressuposto que o fundamenta – no sentido de não serem as empresas ditas concreteiras contribuintes do ICMS – “*logra, por si só, ferir de morte a presente imputação fiscal, conduzindo à sua improcedência*”;
5. se é certo que o autuado não é contribuinte do imposto estadual, é também óbvio que dele não se pode reclamar o pagamento de quaisquer obrigações tributárias, principais ou acessórias, relativas a tal tributo;

6. assim, “a exigência de ICMS antecipado relativo à aquisição de caminhão é incompatível com a condição do autuado, reconhecida pela fiscalização, de não contribuinte do imposto, sendo, pois, flagrantemente ilegal”;
7. ainda que o autuado fosse contribuinte do ICMS, o que se admite apenas para efeito argumentativo, este Auto de Infração se revela equivocado, uma vez que, como a atividade do sujeito passivo não é de revenda de veículos, o caminhão foi adquirido para integrar seu ativo imobilizado, cabendo, no máximo, a exigência do imposto devido por diferença de alíquotas e nunca a antecipação tributária a que se refere a autuação.

O Parecer acima mencionado foi acatado pela Procuradora Assistente em exercício, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, que apresentou Representação ao CONSEF, a fim de que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, pois a “*exigência de ICMS antecipado concernente à aquisição de caminhão é incompatível com a condição da empresa autuada de não contribuinte do imposto, mostrando-se imperativo o reconhecimento de improcedência da autuação*”.

VOTO

A Representação proposta merece acolhimento.

O Auto de Infração trata de cobrança do ICMS por falta de recolhimento do ICMS por antecipação referente a um caminhão novo, modelo L-1618/59, fabricado no ano de 1991, “*encontrado entrando neste Estado c/a NF 065653 de 28/02/91*”.

Ocorre que, conforme o bem elaborado Parecer da PGE/PROFIS, de há muito os Tribunais Superiores pátrios firmaram o entendimento de que as empresas fornecedoras de concreto pronto para construção civil são contribuintes do Imposto Sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência municipal, e não do ICMS.

Inúmeros autos de infração foram lavrados pelo Fisco do Estado da Bahia e, posteriormente, cancelados com base nas decisões judiciais desfavoráveis, culminando com a edição, em 16/12/02, do Ato Declaratório nº 03/2002 sugerido pelo então Procurador Chefe da Fazenda Estadual e acatado pelo Secretário da Fazenda à época.

No referido Ato Declaratório, as autoridades concordaram em não inscrever, cancelar a inscrição em Dívida Ativa, bem como não ajuizar a execução fiscal, dos créditos tributários que tinham como fundamento a exigência do imposto estadual sobre o concreto “*no fornecimento, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões*”.

Embora a presente autuação não tenha como fulcro a cobrança de ICMS sobre o fornecimento de concreto, o Ato Declaratório é perfeitamente aplicável por via transversa, tendo em vista que a empresa não é efetivamente contribuinte do ICMS. Nessa condição, não se encontra, o autuado, obrigado a recolher o imposto estadual por antecipação tributária nas entradas de caminhões, ainda mais porque o bem certamente foi destinado ao seu ativo imobilizado para transporte do concreto e não para revenda.

Embora não seja o fundamento desta autuação, observo, ainda, que, como prestador de serviços de competência municipal, o sujeito passivo sequer estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS por diferença de alíquotas, conforme a dicção dos §§ 1º e 2º do artigo 10 da Lei nº 4.825/89 (diploma vigente à época do fato gerador), abaixo reproduzidos:

Art. 10 - Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto.

§ 1º - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

(...)

IX - o prestador de serviços, com fornecimento de mercadorias, não compreendidos na competência tributária dos municípios, desde que envolvam fornecimento de mercadorias;

X - o prestador de serviços, com fornecimento de mercadorias, compreendidos na competência tributária dos municípios, ressalvadas em lei complementar;

XII - qualquer pessoa indicada nos incisos anteriores que, na condição de consumidor final, adquira bens ou serviços em operações interestaduais.

*§ 2º - As pessoas mencionadas no parágrafo anterior somente serão consideradas contribuintes do ICMS, para fins de cumprimento das obrigações principal e acessórias, inclusive para inscrição no cadastro e **pagamento de diferenças de alíquotas, se realizarem com habitualidade operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços tributados por este imposto.** (grifos meus)*

Sendo assim, há que se reconhecer a existência de ilegalidade flagrante a recomendar que se declare a improcedência do presente lançamento de ofício.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 45022208/91, lavrado contra **CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A. (REDIMIX)**.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS