

A. I. Nº - 333006.0001/13-2
AUTUADO - BTU BAHIA TRANSPORTES URBANOS LTDA.
AUTUANTE - ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP/SERVIÇOS
INTERNET - 10.03.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-01/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NOS LIVROS FISCAIS. EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO. MULTA. A caracterização do contribuinte deve ser feita a partir da realização do fato gerador do imposto e não pelo fato de possuir inscrição cadastral. Infração insubsistente. Negada a realização de diligência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de março de 2013 e refere-se à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 210.152,94, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012:

Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, consoante demonstrativo anexado aos autos.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 109 a 117, onde argüi em sua defesa, que apesar de não realizar com habitualidade qualquer atividade que ensejasse na incidência do ICMS, com o objetivo de atender a exigências de licitações municipais e estaduais, solicitou ao Estado da Bahia a concessão de sua inscrição estadual, tendo o seu deferimento resultado no número de inscrição 030.050.363.

Por conta da evolução da atividade da empresa, e tendo em vista a desnecessidade de inscrição estadual para participação de processos licitatórios atuais, a levou a solicitar a baixa de tal inscrição estadual.

Em processo de fiscalização instaurado após esse requerimento, o Auditor Fiscal lavrou dois Autos de Infração, resultando na aplicação de multas de 1% (AI 333006.0001/13-2) e 10% (333006.0002/13-9) por divergência entre a sua escrituração fiscal e informações constantes do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT).

Após transcrever os dispositivos infringidos indicados na autuação, avalia que das indicações de dispositivos legais trazidos pelo Auto de Infração que a aplicação da penalidade, no valor total de R\$ 210.152,94, decorre única e exclusivamente de ausência de informações de determinadas Notas Fiscais de entrada na escrita fiscal da Autuada, identificadas após confronto com o CFAMT.

Entretanto, o Auditor desconsiderou o fato de que não recai, sobre a Autuada, ônus legal para a manutenção de escrita fiscal nos moldes estabelecidos pelos artigos 322 (RICMS/97) ou 217 (RICMS/12), pelo simples fato de não se enquadrar como contribuinte do ICMS, como restará comprovado.

Informa ser empresa dedicada ao transporte urbano e metropolitano de passageiros tendo, com base em seu contrato ora acostado ao presente processo, o seu objeto social, explicitado no contrato social firmado entre os seus proprietários, indicando que a mesma "*...tem por objeto a exploração dos serviços de transporte urbano, intermunicipal, interestadual, turístico e de fretamento, bem como serviço de locação de veículos automotores com ou sem condutor, locação de máquinas e*

equipamentos, podendo ainda participar do capital social de outras empresas, ainda que de outros objetivos sociais".

Nesta senda, como empresa prestadora de serviços, inscrita no CNPJ para o exercício da atividade de "transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal" (código 49.21-3-01), está sujeita à incidência do ISS sobre os serviços que presta, não se lhes aplicando as normas próprias dos contribuintes do ICMS, em conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 116/2003.

Destarte, não apresentando qualquer indício de execução de atividade que acarrete em circulação de mercadoria ou outro evento que consubstancie fato gerador do ICMS, entende estar dispensada da inscrição no cadastro de contribuintes do Estado.

Informa que, apesar da dispensa legal existente, mantinha inscrição estadual com o mero objetivo de participação em determinados certames licitatórios, sem que com isso implicasse na sua caracterização jurídica de contribuinte do ICMS, e que a simples inscrição do contribuinte no Cadastro mantido pelo Estado não o transforma em sujeito passivo do imposto, pessoa assim conceituada pelo Código Tributário Nacional, artigo 121, transcrito.

Alega não comercializar mercadorias, assim como não realiza qualquer operação que constitua fato gerador do ICMS, estando desta forma, excluída do conceito de sujeito passivo do imposto. O fato de manter uma inscrição perante o Estado não lhe atribui a condição de contribuinte do ICMS, consoante já concluiu este Douto Conselho, em julgamentos de matérias análogas, transcrevendo decisões deste órgão.

De igual forma, assevera que no âmbito judicial, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria indica que o mero cadastro estadual não é elemento probatório suficiente para demonstrar o caráter de contribuinte do ICMS, sendo necessária a comprovação de que a referida empresa pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS.

Na condição de não contribuinte do ICMS, não há como se demandar da Autuada que mantenha escrituração fiscal, tendo em vista a expressa previsão, tanto do RICMS/97 como do RICMS/12, de dever legal de elaboração de livros unicamente para os contribuintes de ICMS, assegurando que esse também é o entendimento já exarado por este Conselho em julgamento de matéria de idêntica natureza, conforme Acórdão que transcreve.

Nesse cenário, os requisitos para aplicação da multa prevista pelo inciso IX, artigo 42 da Lei nº 7.014/96 não são verificados, já que a obrigatoriedade de manutenção de escrita fiscal é condição lógica para se punir por divergências entre as obrigações acessórias discriminadas pelo Ilustre Auditor Fiscal.

Deste modo, diante de tudo o que foi exposto, requer a improcedência do Auto de Infração, uma vez que o mesmo está em desconformidade com a legislação fiscal vigente e os correspondentes critérios para aplicação da multa imposta, assim como a realização de diligência ou perícia fiscal.

Informação fiscal prestada às fls. 135 e 136 pelo autuante aduz que não obstante concordar com as argumentações defensivas, ficou evidenciado após as análises e confrontos com as informações trazidas pelo Setor Jurídico da demandante, que existe uma grande desarmonia entre este setor e o Setor fiscal/contábil da impugnante, haja vista que os próprios registros informam que a empresa procede como se contribuinte fosse, pois nas suas transações comerciais com empresas domiciliadas em outras unidades da Federação, as notas fiscais apresentam alíquotas do ICMS destacadas com valores reduzidos, fato demonstrado, inclusive, no próprio exemplo trazido pela empresa na peça defensiva.

Da Ementa do Acórdão JJF Nº 0286-02/11, relativo ao A. I. 299314.0300/11-0, citada como exemplo, transcreve: *"Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas"*.

Contudo, argumenta que a empresa, nas suas aquisições de produtos e/ou mercadorias em outros Estados da Federação se beneficia da alíquota reduzida que é atinente aos contribuintes com inscrição estadual ativa, posto que, conforme cruzamentos dos dados dos fornecedores e os arquivos fornecidos pela própria impugnante, as alíquotas destacadas nas Notas Fiscais de Entradas são justamente as “reduzidas”, tais como: Aquisições em São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, Paraná, são de 7% de ICMS; nas aquisições em Pernambuco, são destacadas alíquotas de 12%, conforme demonstrativos presentes nos autos.

Destarte, a impugnante também deveria arcar com as obrigações acessórias legais, (Artigo 42 do RICMS/97) que implicam na escrituração fiscal das suas movimentações negociais, anexando arquivos de NF-e (em mídia) comprovando as movimentações citadas e que serviram de base para as suas informações.

Salienta que a empresa foi fundada em 1998 e somente em 2012 decidiu pedir a baixa da sua inscrição supostamente tida como incorreta. E, por força das normas regulamentares só pode analisá-la a partir de 2008.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

Distribuído para este relator, foi o feito, em nome do princípio da ampla defesa, convertido em diligência a fim de que fossem acostadas as notas fiscais e/ou chave de acesso dos documentos que embasaram a autuação (fl. 139), o que resultou no documento de fls. 142 e 143, no qual o autuante esclarece que diante de certa dificuldade para o cumprimento total da diligência elaborou demonstrativo constando apenas o modelo 55 (notas fiscais eletrônicas), e modelo 01, do fornecedor de maior expressão, ante a grande quantidade de valores inexpressivos da infração.

Apresenta nos anexos 01, 02, 03, 04 e 05 as notas fiscais do modelo 55, dos exercícios de 2008 a 2012, e no Anexo 06 as notas fiscais de modelo 01, ausentes de escrituração no Livro de Entradas.

Esclarece que o fornecedor de maior expressão, a empresa Busscar, localizada em Joinville (SC), encontra-se em processo de falência, colacionando informação coletada na internet, de que “*Os bens da empresa Busscar Ônibus serão leiloados de forma eletrônica no dia 29 de novembro, conforme o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). A falência do grupo multinacional responsável pela fabricação de carrocerias de ônibus e composta por oito empresas foi decretada em setembro de 2012, após meses de assembleias e recuperação judicial, onde as dívidas, segundo a Justiça, chegam a R\$ 1,6 bilhão*”. (site G1-Santa Catarina).

Afirma, ainda, que após diversos contatos conseguiu identificar um funcionário (Senhor Luiz Carlos Fix) que se prestou a atendê-lo, remetendo uma relação (com dados concernentes a transações no período de setembro a dezembro de 2008), contendo informações de notas fiscais dos modelos 01 (arquivo eletrônico em amarelo) e 55 (arquivo eletrônico em vermelho- este já incluso nos anexos 01 a 05). Esta relação encontra-se em apenso às fls.168 a 170.

Após a realização da diligência, o valor do lançamento foi ajustado para R\$ 208.046,73. Os novos demonstrativos encontram-se às fls. 144 a 170.

Já a empresa autuada, cientificada do resultado da diligência, compareceu aos autos (fls. 177 a 178), a fim de se manifestar, através de seus advogados, oportunidade na qual reiterou os termos já postos anteriormente, quando da apresentação da defesa.

Em nova manifestação, o autuante sustenta, mais uma vez o trabalho realizado, solicitando a manutenção do lançamento, e indicando que o acórdão mencionado pela defendente na sua última manifestação foi uma decisão não unânime, e que seria submetida ao crivo da segunda instância.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Foram atendidos os requisitos legais para a lavratura do Auto de Infração, especialmente o artigo 39 do RPAF/99, inexistindo questões preliminares a serem examinadas, senão aquela solicitação que diz respeito a realização de diligência/perícia, a qual de plano, indefiro, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99 acima mencionado.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa.

Frente a tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão do julgador, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente do julgador.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Por outro lado, o pedido deveria ter sido feito, com base em fatos objetivos apurados pela empresa, lastreado em indicações, e não, como feito ao longo do processo, de forma genérica e sem apontar qualquer dado, elemento, ou falha no levantamento ocorrido, a não ser a de que "vazio" é corte de carne diverso de "fraldinha", o que deveria fazer por força de lealdade processual. Pela mesma razão, havendo prova a ser produzida, a defendente deveria fazê-lo, ainda mais se considerarmos que os elementos necessários para tal, a saber, os livros e documentos fiscais foram emitidos pela mesma, e permanecem em seu poder, e a dúvida que resta de sua parte, diz respeito à atividade por ela desenvolvida.

Além disso, trata-se de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, o que, por força da legislação societária em vigor, deve, não somente manter auditoria interna, como de igual forma, submeter as suas operações a verificação a título de auditoria, por parte de auditores independentes. Mais uma razão para que apontasse com precisão, elementos motivadores do pedido de diligência. Genericamente, conforme feito, o pedido não tem como ser acatado.

Ademais, não observou a defendente o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum apesar da longa exposição defensiva, conseguiu figurar na sua peça.

Digno de registro, é o fato da jurisprudência vir se posicionando no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

" TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

Desta forma, nego, repito, o pedido solicitado, em razão dos motivos acima expostos.

Adentrando na análise do mérito da autuação, para o Direito Tributário consumidor final é o adquirente da mercadoria ou bem, para uso ou consumo próprio ou integração no ativo imobilizado, onde efetivamente se encerram todas as etapas da circulação física, econômica ou jurídica da mercadoria ou bem.

Nas vendas diretas a consumidor final dentro ou fora do Estado, não sendo o destinatário considerado contribuinte do ICMS, a alíquota a ser aplicada em cada operação será aquela afixada para as operações internas, que dependeram daquelas estabelecidas em cada unidade Federada.

Nas operações interestaduais, o contribuinte remetente depara com algumas dificuldades, especialmente quanto à aplicação da alíquota correta para cada operação devendo identificar se o destinatário é contribuinte do ICMS para fins de aplicação da alíquota diferenciada e do recolhimento do diferencial de alíquotas pelo destinatário; o destino da mercadoria a ser dado pelo adquirente ou receptor, sendo esta informação importante para fins da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Na Carta Constitucional, a matéria está contemplada no artigo 155, inciso VII, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, o ICMS em relação às operações que destinem mercadorias a consumidor final localizado em outro estado adotará:

- a) - alíquota interestadual de (7% ou 12%) quando o destinatário for contribuinte do ICMS;
- b) - alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS.

A destinação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual pertence ao Estado destinatário da mercadoria, sempre que a mesma destinar-se a uso ou consumo e ativo imobilizado do adquirente, desde que o destinatário seja contribuinte do ICMS.

O inciso II do § 2º do mencionado dispositivo prevê, ainda, que *"Incluem-se entre os contribuintes: o prestador de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, inclusive tratando-se de empresa concessionária ou permissionária de serviço público de transporte"*.

Considera-se contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária por excelência, aquele que, consoante o inciso I, parágrafo único do artigo 121 do CTN, tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Advém da materialidade da hipótese de incidência. É aquele que realiza, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial operações e prestações sujeitas ao ICMS, conforme previsto no artigo 4º da Lei Complementar 87/96.

Em tal definição "*contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".

É também considerado contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento; seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; adquira em licitação de mercadorias apreendidas ou abandonadas; e adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Já a Lei nº 7.014/96, em sintonia com as normas hierarquicamente superiores no artigo 5º define: "*Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".

Ademais, importa realçar a assertiva do próprio autuante, posta não somente em sua informação fiscal, como, de igual forma, na manifestação após a realização da diligência, de que "*A demandante menciona que em não sendo considerada contribuinte não haveria obrigatoriedade de manter escrita fiscal, e, assim sendo, não estaria sujeita ao exarado no Artigo 42, IX, da Lei 7.014/96. Não obstante concordarmos com as argumentações supracitadas...*".

A este respeito, entendo necessário mencionar que no seu artigo 34, inciso VII, a Lei 7.014/96 determina:

"Art. 34. São obrigações do **contribuinte**:

(...)

VII - *manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;*

(...)

XII - *escreitar os livros e emitir documentos fiscais na forma prevista em regulamento;*"

Ao seu turno, o artigo 314 do RICMS/97, vigente à época de parte da ocorrência dos fatos geradores, preceitua:

"Art. 314. Salvo disposição em contrário, todos os **contribuintes** do ICMS deverão manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes livros fiscais (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92):

I - *Registro de Entradas, modelo 1 (Anexo 38);*

II - *Registro de Entradas, modelo 1-A (Anexo 39);"*

Já o artigo 322 do mencionado RICMS/97 então vigente à época de parte dos fatos geradores, determinava que:

"Art. 322. O livro *Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):*

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

(...)

§ 1º O Registro de Entradas, modelo 1, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, simultaneamente, às legislações do IPI e do ICMS.

§ 2º O Registro de Entradas, modelo 1-A, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, apenas, à legislação do ICMS." (grifos do relator)

Já o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, e que abarcou parte do período objeto do lançamento tributário, manteve as mesmas regras do Regulamento, a saber:

"Art. 212. Os contribuintes do ICMS deverão manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes livros fiscais (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

I - Registro de Entradas, modelo 1;

II - Registro de Entradas, modelo 1-A;

(...)

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

§ 1º O Registro de Entradas, modelo 1, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, simultaneamente, às legislações do IPI e do ICMS.

§ 2º O Registro de Entradas, modelo 1-A, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, apenas, à legislação do ICMS. (grifei)

Assim, pela redação dos dispositivos legais e regulamentares acima transcritos, concluo que, apesar de inscrito no cadastro, o autuado não se configura como um contribuinte do ICMS, haja vista que não praticava, à época dos fatos geradores, operações relativas à circulação de mercadorias ou prestações de serviços inseridas no âmbito de incidência do referido tributo e, como tal, não se encontrava obrigado a escriturar o livro Registro de Entradas, obrigação restrita aos contribuintes do ICMS. É meu entendimento de que a mera inscrição de uma empresa no cadastro do ICMS não tem o condão de transformá-la em contribuinte do imposto estadual, devendo ser analisada a natureza das operações praticadas ou prestações de serviços oferecidas pela empresa.

Observe, ainda, que, como prestador de serviços de transporte municipal de passageiros, o autuado sequer estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS por diferença de alíquotas, conforme a dicção do inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 3º.....

§ 1º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza;"

Portanto, para a resolução da questão posta, não basta a inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado de destino das mercadorias para caracterizar a condição de contribuinte do estabelecimento destinatário. A inscrição é elemento que, na maioria dos casos, exterioriza ou formaliza a condição de contribuinte, mas não necessariamente significa que a pessoa inscrita seja contribuinte do imposto, uma vez que este somente existirá juridicamente se praticar aquelas situações definidas como fato gerador do ICMS.

Isso diante do fato de que a atribuição da qualidade de contribuinte do ICMS está vinculada, antes de mais nada, à prática habitual do fato gerador do imposto e não à sua inscrição como tal.

O próprio Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal (STF), analisando questão análoga, entendeu através de sua 1ª Turma, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL. EMPRESA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREGO EM OBRA. INSUMOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I As empresas da construção civil – por serem, em regra, contribuintes do ISS – que adquirirem materiais em Estado com alíquotas de ICMS mais favoráveis, ao empregarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão obrigadas a satisfazer a diferença da alíquota maior do Estado destinatário. Precedentes. II Agravo regimental improvido." (RE 559936 CE, julgado em 09 de novembro de 2010, DJe 24 de novembro de 2010)".

Em certo trecho do seu voto, e aí sim, a matéria nos interessa mais amiúde, o relator esclarece que *"...o mero cadastro estadual não é elemento probatório suficiente para demonstrar o caráter de contribuinte do ICMS, sendo necessária a comprovação de que a referida empresa pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS"*.

No caso em tela, a própria defendente informa que solicitou a baixa de sua inscrição estadual, a qual tinha sido por ela solicitada, a fim de fazer frente a processos de licitação. Com a não mais observância desta exigência, a manutenção da inscrição estadual tornou-se desnecessária.

No tocante ao fato aventado pelo autuante em uma de suas intervenções de que o sujeito passivo se aproveita da suposta condição de contribuinte ao adquirir bens destinados ao uso ou consumo da empresa com alíquota interestadual própria de verdadeiros contribuintes deve ser, como foi, aliás, anotada. Todavia, no caso em tela, os fatos demonstram que houve equívoco por parte dos seus fornecedores, que interpretaram o fato da autuada possuir inscrição estadual, com o de ser contribuinte do imposto, o que, consoante afirmação anteriormente consignada, não pode prevalecer. Ademais, o valor do imposto, neste caso somente poderia ser cobrado pelo Estado de onde se originou a operação, diante da incapacidade do Estado da Bahia de figurar no pólo ativo de tal relação jurídica.

Dessa forma, diante de tal entendimento, bem como daquele já externado em casos semelhantes neste Conselho, dentre os quais posso enumerar o Acórdão CJF 0428-12/13, relativo a processo no qual a própria autuada figura no pólo passivo, e cuja decisão ocorreu de forma unânime dos integrantes da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, voto no sentido de que o lançamento seja considerado improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **333006.0001/13-2** lavrado contra **BTU BAHIA TRANSPORTES URBANOS LTDA.**

Esta junta, recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos termos previstos no artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2014.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR