

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 210319.0008/17-4
<b>RECORRENTE</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECORRIDO</b>	- PREFAZ PRÉ-FABRICADOS DE CONCRETO LTDA.
<b>RECURSO</b>	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 5ª JJF nº 0162-05/18
<b>ORIGEM</b>	- INFAS FEIRA DE SANTANA
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 02/07/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0079-11/20-Vd

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. SAÍDA DE MERCADORIA PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ALÍQUOTA. RECOLHIMENTOS EFETUADOS A MENOS. Infração insubstancial apesar da exclusão dos fatos geradores em que ocorreu extinção do crédito tributário pela decadência, como também, quanto ao valor remanescente, por se comprovar tratar-se de operações de vendas com pessoas jurídicas na condição de “contribuintes do ICMS”, cuja alíquota interestadual destacada de 12% é a correta. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0162-05/18, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente a ele imputado, no total de R\$166.330,45, inerente ao período de abril/2012 a dezembro/2013, lançado sob a seguinte acusação:

*Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual.*

*Recolheu a menos ICMS em razão de vendas de mercadorias a não contribuinte do imposto, localizados em outras unidades da Federação, utilizando alíquota interestadual. Consta que, ao efetuar vendas interestaduais de mercadorias para não contribuintes, foi aplicada a alíquota de 12% em vez de 17%.*

*O contribuinte foi intimado a apresentar atestado de condição de contribuinte do ICMS, conforme prevê o parágrafo primeiro de cláusula primeira do Convênio ICMS 137/002 em relação às construtoras, como também a comprovação da condição de contribuinte junto em relação às empresas consórcio para construção e empresas de engenharia, porém não apresentou documentos comprobatórios que pudesse elidir a acusação fiscal.*

*Deve-se salientar que a caracterização da condição de contribuinte não é o fato de a pessoa ser ou não inscrita no cadastro, mas sim a natureza de sua atividade e de seus negócios, inclusive segundo lei nº 7.014/1996, em seu Art. 5º define que:*

*“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caractere 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.”*

*Por fim saliente-se que as empresas de construção civil, quando compram bens que serão usados em suas obras são consideradas não-contribuintes do ICMS, pois sua atividade está caracterizada pela prestação de serviço, que por sua vez é o fato gerador do ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza). Logo, a empresa de construção civil que comprar insumos para sua obra em outro Estado, tendo em vista não ser contribuinte do ICMS, deve se sujeitar à alíquota interna.*

A Decisão da JJF julgou improcedente o Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

**VOTO**

[...]

No caso em apreço, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, que também é acolhido pelo autuante, de que houve a ocorrência de adiantamento do imposto, quando da ocorrência dos fatos geradores da autuação, seja pela verificação dos documentos de arrecadação que fazem parte integrante do presente PAF, seja pela descrição da suposta infração incorrida, ensejando a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores. Há de ressaltar, também, que tal entendimento é tratado no documento expedido pela Procuradoria do Estado, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Neste contexto, para os fatos geradores que ocorreram nos meses de abril a outubro de 2012, porquanto, ciência da autuação ter ocorrido em 22/11/2017, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devendo considerar homologados os lançamentos e definitivamente extinto o crédito, por terem sido efetuados 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador. Acolho, portanto, a arguição de decadência do sujeito passivo, relativa às datas de ocorrência de 30/04/2012 até a data de ocorrência de 31/10/2012. Quanto às datas de ocorrência a partir de 30/11/2012, não operou a decadência, porquanto, a ciência da autuação ter ocorrido em 22/11/2017.

[...]

Adentrando no mérito da autuação propriamente dito, que diz respeito ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual de 12% em vez da alíquota interna do Estado da Bahia de 17%, à época da ocorrência dos fatos geradores, passo então a manifestar.

Em sede de defesa, o sujeito passivo apresenta considerações, com documentos acostados aos autos, em relação a cada um dos clientes que travou comercialização das mercadorias objeto da autuação, com finco a demonstrar que se tratavam de contribuintes do imposto, não sendo devido a cobrança da alíquota interna do ICMS de 17%, como assim determinava o art. 15, inc. I, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos geradores; e sim, da alíquota interestadual de 12%, vez que todas as operações de comercialização foram travadas com destinatários localizados em outra unidade da Federação, tratados em seus Estados destinos, como contribuintes do imposto.

O autuante não desclassifica os documentos acostados pelo sujeito passivo em que demonstra a condição de contribuinte, dos destinatários das mercadorias objeto da autuação, apenas se limitou a destacar que o defendant, por quanto as operações estarem acobertadas pelo Convênio ICMS 137/02, ou seja, por se tratar de operações que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra Unidade da Federação, não apresentou em sua peça de defesa o “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, de cada um dos contribuintes destinatários das mercadorias, condição necessária para usufruir da autorização da aplicação da alíquota interestadual, em detrimento da aplicação da alíquota interna, nas operações com os Estados signatários.

Em que pese, de fato, o Convênio ICMS 137/02, estabelecer o “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” para usufruir da autorização da aplicação da alíquota interestadual em detrimento da aplicação da alíquota interna, em relação às operações com os Estados signatários, vê-se nos autos documentações bastantes contundentes, demonstrando a condição de contribuinte do imposto em relação aos destinatários “Consórcio Tomé Ferrostal” (fls. 107/109); “Padenor Importação e Exportação” (fls. 261/264); “Silva Engenharia” (fls. 268/271); LC Rossi Estruturas Metálicas (fls. 274/277); “Eolica Bela Vista Geração e Comercialização de Energia” (fls. 280/284); CCR Engenharia Ltda (fl. 288); Construtora Labore (fls. 291/293); Ensel Engenharia (fl. 296); Tecnomulti Empreendimentos (fl. 300); Construtora Queiroz Galvão (fls. 304/307); Tópicos Engenharia (fls. 295/296) e Caramuru Construções Ltda.

Neste contexto, não obstante o sujeito passivo à época dos fatos geradores não ter apresentado o “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, documento autorizativo para usufruir do benefício do Convênio ICMS 137/02, em que autoriza a aplicação da alíquota interestadual (12%) em detrimento da adoção da alíquota interna da unidade federada de origem das mercadorias, no caso em tela, do Estado da Bahia, de 17%; observo que são acostados aos autos documentos bastante elucidativos que de fato demonstram que todos os destinatários das mercadorias objeto da autuação, estavam cadastrados nos Estados destinos das mercadorias como Contribuinte do ICMS, exceto o destinatário “Tópicos Engenharia”, que não se tem qualquer documento que demonstre tal condição.

Relativamente às operações com destino a “Tópicos Engenharia”, vê-se ter ocorrido todas as operações, objeto da autuação, no período em que se operou a decadência de constituir o crédito tributário. Por outro lado, relativamente aos demais períodos da autuação, em que não se imperou a decadência da constituição do crédito tributário, ou seja, depois de outubro de 2012, tratam-se de operações relacionadas com alguns dos demais destinatários acima destacados, em que o sujeito passivo acosta aos autos documentos que demonstram estarem cadastrados nos Estados destinos das mercadorias como contribuintes do ICMS.

Não obstante tais registros, em relação aos destinatários “CCR Engenharia”, “Construtora Labore” e “Ensel Engenharia”, à luz da leitura do descritivo de seus objetos sociais, observo que mesmo estando cadastrado na

*Secretaria de Fazenda dos Estados de destino das mercadorias, não me apresentam serem contribuintes do ICMS. Todavia não houve qualquer operação de venda com esses destinatários, objeto da autuação, depois da data de ocorrência de 30/11/2012 até a data de ocorrência de 30/12/2013, em que não se imperou a decadência.*

*Desta forma, por quanto tais documentos probatórios, vejo como elidido o saldo remanescente da infração 1, ou seja, as operações remanescentes, da data de ocorrência de 30/11/2012 até a data de ocorrência de 30/12/2013, objeto da autuação, por se tratar de operações de vendas transacionadas com pessoas jurídicas cadastradas nas Secretarias de Fazendas dos Estados destinos das mercadorias na situação de Contribuintes do ICMS na forma dos documentos acostados aos autos, anteriormente destacado, mais especificamente “Consórcio Tomé Ferrostal”, “Padenor Importação e Exportação”, “LC Rossi Estruturas Metálicas e Caramuru Construções Ltda.*

*Neste contexto, a alíquota de ICMS a ser destacada nos documentos fiscais, objeto das operações remanescentes da autuação em análise, mais especificamente “Consórcio Tomé Ferrostal”, “Padenor Importação e Exportação”, “LC Rossi Estruturas Metálicas e Caramuru Construções Ltda, é a interestadual, ou seja, a de 12%, como assim assertivamente procedeu o defendant, e não 17%, por estar provado nos autos que os destinatários das mercadorias estavam cadastrados na situação de contribuinte nos Estados destino das mercadorias, e de fato, à luz da leitura do objeto social de cada um dos destinatários, se apresentam como contribuinte do ICMS. Logo, vejo como elidido o saldo remanescente da infração 1, relativo ao período da data de ocorrência de 30/11/2012 a data de ocorrência de 31/12/2013.*

*Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida não merece reparo. No presente caso, a motivação da JJF para desoneração integral do Auto de Infração decorreu em razão de dois fatores, a saber:

O primeiro, por considerar homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário pela decadência, relativo aos fatos geradores ocorridos de 30/04/12 até 31/10/12, conforme previsto no art. 150, § 4º, c/c com o art. 156, V ambos do CTN, eis que o lançamento de ofício se completou com a ciência ao sujeito passivo ocorrida em 29/11/17, (fl. 34), ou seja, cinco anos após a materialização dos fatos geradores ocorridos até 31/10/12, o que reduziu o débito original de R\$166.330,45, para R\$157.037,20 (fls. 328/329).

O segundo fator da desoneração, decorreu de se comprovar em relação aos fatos geradores ocorridos de novembro/12 a maio e dezembro/13, que todos os destinatários se encontravam, à época, nos Estados de destinos das mercadorias como contribuintes do ICMS, conforme documentos cadastrais anexos à defesa, sendo os mesmos suficientes para suprir a exigência de “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, emitido pelo Fisco, conforme previsto no Convênio ICMS 137/02, cuja ausência motivou a lavratura do Auto de Infração.

Assim, os membros da JJF concluíram que tais documentos são suficientemente probatórios para elidir o saldo remanescente do lançamento de ofício, por se tratar de operações de vendas com pessoas jurídicas na condição de “contribuintes do ICMS”, cuja alíquota interestadual destacada de 12% é a correta.

Ressalte-se que a partir de novembro/2012, período que remanesceu o direito da constituição do crédito tributário pelo sujeito ativo, as operações de vendas interestaduais efetivadas pelo recorrido restringiram-se apenas a cinco destinatários que possuíam a condição de contribuinte junto ao cadastro dos Estados onde se encontravam localizados, consoante a seguir explicitado:

1. CONSÓRCIO TÉCNICO FERROSTAAL – CNPJ nº 16.369.611/0001-41 – (AL). Incidência de 448 operações mercantis. Situação cadastral “Ativa”, com atividade econômica principal de “Construção de Embarcações de grande porte”, tendo o defendant anexado aos autos: ficha cadastral da SEFAZ/AL; Certidão Negativa de Débitos e inúmeros GNRE, consoantes fls. 108 a 257 dos autos;
2. PANDEGOR IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO SPE LTDA – CNPJ nº 00.499.730/0001-89 – (PE).

Incidência de 58 operações mercantis. Situação cadastral “Ativa” de “Depósitos de mercadorias para terceiros”, contribuinte ICMS com regime “NORMAL” de apuração do imposto, conforme fls. 261 a 264 dos autos;

3. SILVA ENGENHARIA LTDA - EPP – CNPJ nº 13.344.686/0001-80 – (RN). Incidência de 8 operações. Atividade econômica de “Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção”, contribuinte ICMS com regime “NORMAL”, conforme fls. 268 a 270 dos autos;
4. L. C. ROSSI ESTRUTURAS METÁLICAS EIRELI – CNPJ nº 09.094.671/0001-33 – (SP). Incidência de 3 operações. Situação cadastral “Ativa” para “Fabricação de estruturas metálicas”, contribuinte ICMS com regime “NORMAL” de apuração do imposto, conforme fls. 274 a 276 dos autos;
5. CARAMURU CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ nº 04.976.979/0001-99 – (SP). Incidência de 1 operação. Situação cadastral “Ativa” sob regime “NORMAL” de ICMS, conforme consulta site SEFAZ/SP.

Diante de tais considerações, concordo com a Decisão recorrida de que tais documentos suprem o atestado emitido pelo fisco de condição de contribuinte do ICMS, à época previsto no Convênio ICMS 137/02.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210319.0008/17-4**, lavrado contra **PREFAZ PRÉ-FABRICADOS DE CONCRETO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2020.

RUBENS SOARES BEZERRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS