

PROCESSO Nº 1419242020-1

ACÓRDÃO Nº 0616/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES VÃO LIVRE S.A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ – C. GRANDE

Autuante: SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA

Relatora: Cons.^a SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA

NULIDADE. REJEITADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS - PASSIVO FICTÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- *Constam nos autos os elementos indispensáveis à constituição do crédito tributário, inexistindo causas de nulidade do feito fiscal.*

- *Comprovado documentalmente que o sujeito passivo exerce atividade mista, parte sujeita ao ICMS, outras ao ISS, verificou-se ser predominante a realização de prestação de serviço de industrialização para encomendante certo, com o fornecimento do bem a ser industrializado, devido ICMS incidente sobre a prestação de serviço, nos termos do RICMS/PB.*

- *É indúvidoso que o passivo fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido - caracteriza-se pela manutenção, no passivo, de obrigações já pagas.*

- *Porém, “in casu”, não restou configurada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, visto o comércio de mercadorias não ser atividade predominante do contribuinte, conforme registros na EFD e contratos anexos.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu provimento, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000651/2020-99 (fl. 3), lavrado em 13 de abril de 2020, contra a empresa INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES VÃO LIVRE S.A., inscrita no CCICMS/PB sob n.º 16.180.463-2, devidamente qualificada nos autos, desobrigando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente feito fiscal.

P.R.E.

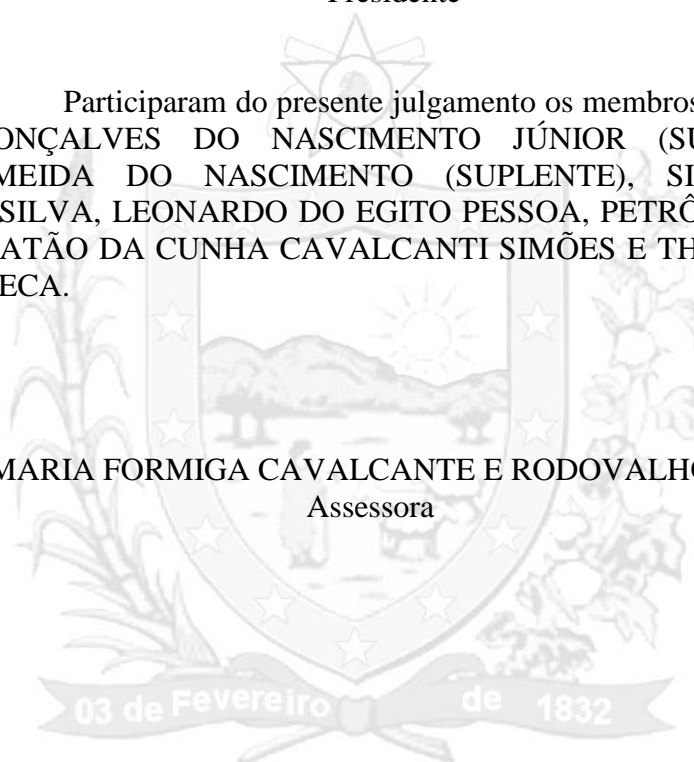
Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em
16 de novembro de 2021.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR (SUPLENTE), JOSÉ
ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), SIDNEY WATSON
FAGUNDES DA SILVA, LEONARDO DO EGITO PESSOA, PETRÔNIO RODRIGUES
LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E THAÍS GUIMARÃES
TEIXEIRA FONSECA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALNECAR
Assessora



Processo nº 1419242020-1

TRIBUNAL PLENO

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES VÃO LIVRE S.A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ – C. GRANDE

Autuante: SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA

Relatora: Cons.^a SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA

NULIDADE. REJEITADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS - PASSIVO FICTÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- *Constam nos autos os elementos indispensáveis à constituição do crédito tributário, inexistindo causas de nulidade do feito fiscal.*

- *Comprovado documentalmente que o sujeito passivo exerce atividade mista, parte sujeita ao ICMS, outras ao ISS, verificou-se ser predominante a realização de prestação de serviço de industrialização para encomendante certo, com o fornecimento do bem a ser industrializado, devido ICMS incidente sobre a prestação de serviço, nos termos do RICMS/PB.*

- *É indubitoso que o passivo fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido - caracteriza-se pela manutenção, no passivo, de obrigações já pagas.*

- *Porém, “in casu”, não restou configurada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, visto o comércio de mercadorias não ser atividade predominante do contribuinte, conforme registros na EFD e contratos anexos.*

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000651/2020-99 (fl. 3), lavrado em 13 de abril de 2020, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

Descrição da Infração:

0555 - PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter efetuado pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Nota Explicativa:

Auditoria - Conta Adiantamentos, Empréstimos e Financiamentos: Conta Específica - José Janguê Bezerra Diniz - Saldo Final Balanço Patrimonial 2016.

Considerando infringidos os artigos 158, I; art. 160, I, com fulcro no art. 646, inciso II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o auditor fiscal, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 11.481.354,06, sendo R\$ 5.740.677,03, de ICMS, e R\$ 5.740.677,03, de multa por infração, com arrimo no art. 82, inciso V, alínea “f”, da Lei 6.379/96.

Registre-se que os autos estão instruídos com os seguintes documentos: 1) *Termo de Início de Fiscalização nº 93300008.13.00000246/2019-69 (fls. 4 e 5); 2) Nota Explicativa – Auto de Infração – Passivo Fictício (fls. 6 e 7); 3) Notificação nº 00280367/2019 e Aviso de Recebimento (fls. 8 e 9) solicitando a apresentação de documentos legais que comprovem os saldos finais das contas: “Adiantamentos, Empréstimos e Financiamentos” inseridos no Passivo do Balanço Patrimonial do Exercício 2016 (fl. 9); 4) Processo nº 1435952019-0 requerendo dilação de prazo para apresentação de documentos (fls. 10 a 18); 5) Demonstrativos do Balanço Patrimonial relativos aos exercícios de 2015 e 2016 (fls. 19 a 32); 6) Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00006331/2018-88 (fls. 33 e 34); 7) Comprovante de Cientificação – DTe – Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000651/2020-99 (fl. 35); 8) Termo de Encerramento de Fiscalização nº 93300008.13.00000601/2020-33 (fl. 36); 9) Notificação nº 00136267/2020 e Comprovante de Cientificação – DTe do Termo de Encerramento (fls. 37 e 38).*

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, em 2 de outubro de 2020, via Domicílio Tributário Eletrônico – DTe (fl. 35), em conformidade com as disposições contidas no art. 46, inciso III, da Lei nº 10.094/2013, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 40 a 58), em 29 de outubro de 2020, portanto, em tempo hábil.

Na impugnação (fls. 40 a 58), o contribuinte reporta-se a tempestividade da peça impugnatória (fl. 39), em seguida, faz uma exposição minuciosa dos fatos ocorridos que culminaram na denúncia fiscal ora vergastada, adita que apresentou documentos válidos de acordo com o ordenamento jurídico a fim de provar os saldos finais das contas Adiantamentos, Empréstimos e Financiamentos, em vista disso diz que não assiste razão ao Fisco Estadual, e mais, o auto de infração em tela deve ser declarado nulo, conforme fundamentos seguintes (fls. 41 a 43).

No mérito, o sujeito passivo inicialmente discorre sobre a validade dos contratos firmados entre particulares como também a inexistência de necessidade legal de

autenticação cartorial ou registro contábil da data de pagamento das parcelas e formalização (fls. 43 a 45).

Prossegue em sua defesa tecendo comentários sobre presunções legais, assim como violação dos princípios constitucionais da legalidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal, diz que diante das possibilidades que autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias, não conseguiu identificar se o passivo foi considerado inexistente ou já quitado.

Esclarece que nenhuma das infrações que lhe foram imputadas é verdadeira, apesar disso adita que sua defesa seguirá na linha de existência do passivo, que vem gradativamente sendo liquidado. Acrescenta que o adiantamento registrado no Passivo, na conta José Janguê Bezerra Diniz, vem sendo quitado, conforme anotações às fls. 48 a 50.

Porém, ainda quanto ao mérito, o contribuinte fundamentalmente afirma que não realiza operações sujeitas à incidência do ICMS, mas, sim, promove atividade que enseja a tributação pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, imposto de competência municipal, pois presta serviço de industrialização por encomenda destinada à execução de serviço de construção civil, portanto, ao consumidor final, não se tratando de mercadoria ou produto, conforme contratos celebrados entre a autuada e seus clientes como também com os itens 7.02 e 14.05 da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003 (fls. 51 a 58).

Por fim, pleiteia a improcedência o feito fiscal, requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário integralmente em razão da apresentação de impugnação, assim como a extinção do crédito tributário, com fulcro no art. 156, IX, do CTN.

Documentos instrutórios estão insertos nos autos da seguinte forma: (i) *Ata da Assembleia Geral Extraordinária de Acionistas realizada em 6/1/2020 e seu Anexo que consiste na Consolidação do Estatuto Social da “Indústria e Construções Vão Livre S.A. (fls. 60 a 79)*, (ii) *Instrumento de Confissão de Dívida (fls. 81 a 84)*, (iii) *Dados da Conta Corrente do Credor (fl. 85)*; (iv) *Anexo I – Descrição dos Imóveis da Dação em Pagamento (fl. 86)*; (iv) *Procuração e Documento de Identificação do Advogado (fls. 87 e 88)*.

Assim, os autos foram conclusos (fl. 84) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela procedência do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 86 a 96 como também a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PLEITO DE NULIDADE IMPERTINENTE. PASSIVO FICTÍCIO. OBRIGAÇÕES COM TERCEIRO SEM COMPROVAÇÃO. INDUSTRIALIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. ICMS SOBRE O VALOR AGREGADO CONSISTENTE DOS SERVIÇOS DE INDUSTRIALIZAÇÃO. ILICITUDE CONFIRMADA. - A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, atendendo aos

requisitos formais, essenciais à sua validade, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

- A figura do Passivo Fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que esses pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido, caracteriza-se pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. “In casu”, não comprova a plena regularidade no empréstimo de terceiro firmado através em Instrumento de Confissão de Dívida, diante da falta de devida formalização e contabilização dos recursos empregados entre a mutuante e a mutuária, não servindo como prova documental que pudesse atestar a devida licitude na conta de passivo.

- A atividade de industrialização constitui hipótese de incidência de ICMS prevista na legislação de regência. Da mesma forma, resta comprovada a realização de atividade resultante de industrialização sob encomenda, que contempla hipótese de operações com valor agregado a título de industrialização com incidência de ICMS, quando esta se refere à transformação ou beneficiamento de mercadoria em uma etapa da cadeia de circulação por se tratar de operação relativa à circulação de mercadorias.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE”

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, em 19 de agosto de 2021 (quinta-feira), via Notificação nº 00126014/2021, remetida ao Domicílio Tributário Eletrônico – DTe do contribuinte, nos termos do art. 4º - A, § 1º, II, da Lei nº 10.094/2013, consoante fls. 98 e 99, a interessada impetrou recurso voluntário (fls. 101 a 113) a esta Corte de Justiça Fiscal, em conformidade com o art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

No recurso voluntário (fls. 101 a 113), inicialmente, o sujeito passivo faz menção a tempestividade da peça recursal, vez que foi cientificada da decisão monocrática em 19/8/2021, tendo interposto o recurso voluntário em 20/9/2021, portanto, tempestivo.

Na sequência, faz uma exposição fática (fls. 102 e 104) do julgamento do auto de infração em primeira instância, sintetizando os fundamentos principais da decisão singular (fls. 102 verso e 103) para, então, afirmar que não assiste razão ao Fisco Estadual, devendo o auto de infração ser declarado nulo, por conseguinte, o crédito tributário nele lançado.

Dando continuidade, esclarece que os Srs. Alexandre Lira e José Janguê abriram a empresa Indústria Construções Vão Livre S.A., ora recorrente, em 2011, posteriormente, houve uma venda das ações de José Janguê para o sócio remanescente e outros, consoante Contrato de Alienação Fiduciária de Ações (fls. 130 verso a 139), bem como a assunção de obrigações da empresa pelo Sr. José Janguê, motivo pelo qual, em 2015, a recorrente e seu fornecedor (José Janguê) firmaram um Instrumento de Confissão de Dívida no importe de R\$ 46.846.654,85 (fls. 102 e 103).

Acrescenta que o referido Instrumento de Confissão de Dívida ajustou o pagamento da primeira parcela, por meio de dação em pagamento de imóveis (fl. 130), os quais foram transferidos à empresa Ocktus Participações, da qual o Sr. José Janguiê é titular, conforme inteiro teor de certidão emitida pelo Cartório de Imóveis anexa às fls. 143 a 145.

Em vista disso, alega que foram abatidos do montante total da dívida os valores pelos quais os imóveis, onde funciona a sede da recorrente, foram avaliados a fim de serem recebidos como parte do pagamento, acrescenta ser indubitável a existência do passivo, não cabendo ao Fisco desconsiderar documentos válidos e eficazes sem amparo jurídico.

No mérito (fls. 105 a 113), o sujeito passivo repete as razões apresentadas na peça impugnatória, principalmente, quanto à validade dos contratos firmados entre particulares, presunções legais e violação dos princípios constitucionais da legalidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal pelo Fisco no lançamento do crédito tributário decorrente da infração de Passivo Fictício, acrescenta que realiza atividade sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Nesta norte, insiste que a industrialização que pratica não está sujeita a incidência do ICMS, conforme trechos da peça recursal abaixo transcritos:

“É evidente pelo exposto, que o serviço prestado pela recorrente é pessoal, individualizado, tratando-se, portanto, de industrialização por encomenda destinada à execução de serviço de construção civil e, portanto, ao consumidor final, não se tratando de mercadoria ou produto. (fl. 109 verso)

(...)

Vê-se nos contratos firmados entre a impugnante e seus clientes a individualidade de personalização do serviço prestado pela recorrente, que resulta no beneficiamento de bens exclusivamente para a execução da obra especificada no contrato – não podendo ser vendidos separado do todo – e que, portanto, não se configuram como mercadorias, assim entendidos os produtos ou serviços destinados ao público em geral.” (fl. 110)

Assim, a recorrente conclui que a atividade econômica por ela desenvolvida só pode ser compreendida como obra de construção civil, jamais podendo ser qualificada como fabricação de produtos de metal.

Adita que a atividade econômica de montagem das estruturas metálicas beneficiadas por encomenda, por ela desenvolvida majoritariamente, somente pode ser enquadrada como execução de obra de construção civil, logo sujeita ao ISS.

Por derradeiro, a recorrente solicita a improcedência o feito fiscal, requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário integralmente em razão da

impugnação de todos os itens do auto de infração, assim como a extinção do crédito tributário, com fulcro no art. 156, IX, do CTN, caso a ação não seja extinta, requer que não seja promovida qualquer Representação para Fins Penais, tendo em vista a ausência de dolo no cometimento das supostas irregularidades.

Seguem anexos aos autos os seguintes documentos instrutórios: (i) *Ata da Assembleia Geral Extraordinária de Acionistas realizada em 5 de outubro de 2015 (fls. 114 a 121)*; (ii) *Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 122 a 139)*; (iii) *Cópias do Livro de Registro de Ações (fls. 140 a 142)*; (iv) *Certidão de Inteiro Teor do Cartório de Imóveis (fls. 143 a 145)*; (v) *Notas Fiscais de Serviço Eletrônica – (NFS-e) (fls. 146 a 261)*; (vi) *Procuração e Documento de Identificação do Procurador (fls. 267 e 268)*.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre a ***falta de recolhimento do ICMS por ter efetuado pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis***, constatado pela ***manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas***, no exercício de 2016, conforme denunciado na exordial à fl. 3.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/13.

Impõe-se, ainda, ressaltar que o lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência (art. 142 do CTN), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da pessoa do infrator e a natureza da infração. Portanto, sob o aspecto formal, revela-se regular o lançamento de ofício em tela.

Neste ponto, é fundamental destacar que a descrição da infração (fl. 3) é clara ao indicar a constatação de passivo fictício mediante a manutenção na contabilidade de obrigações já pagas e não contabilizadas, este é essencialmente o passivo fictício, por conseguinte, é descabida a alegação da recorrente de que não sabe ao certo se a denúncia cuida de passivo fictício ou inexistente, a mera leitura do auto de infração põe por terra este argumento.

Assim, reiteramos que a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis às matérias objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora

recorrente oportunidade para se manifestar nos autos nas duas instâncias de julgamento, por conseguinte, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa e contraditório.

Passemos ao mérito.

**OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS
DECORRENTE DO PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS E NÃO
CONTABILIZADAS)**

A fiscalização denunciou a empresa de ter incorrido em *passivo fictício*, no exercício de 2016, conforme previsão normativa contida no art. 646, inciso II, do RICMS/PB, abaixo transcrito, *ipsis litteris*:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

(...)

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

Importante registrar que a simples manutenção no passivo da empresa de obrigações já pagas denota a existência de passivo fictício, sujeitando o infrator à presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB.

Contudo, a utilização da presunção somente tem lugar quando, no âmbito do exame da Conta Fornecedores, a fiscalização se deparar com a anomalia no fato de que as duplicatas de um exercício não foram quitadas no exercício posterior ou que não estão em aberto ou sob protesto. Nessa circunstância, cumpre ao contribuinte o ônus da prova da inexistência da irregularidade apontada com supedâneo na legislação supra.

In casu, a fiscalização autou o contribuinte, com exigência do ICMS correspondente, de acordo com o resumo abaixo, alegando a ocorrência de obrigações já pagas, porém, mantidas na escrita contábil (passivo fictício), de acordo com os saldos inicial e final registrados na Conta José Janguê Bezerra Diniz relativa a Adiantamentos Recebidos no valor de R\$ 31.892.650,16, constante no Balanço Patrimonial, em consonância com a Nota Explicativa apensa às fls. 6 e 7 dos autos, resultando na exigência do crédito tributário abaixo:

INFRAÇÃO	PERÍODO	BASE	ICMS	MULTA	TOTAL
PASSIVO FICTÍCIO	2016	31.892.650,16	5.740.677,03	5.740.677,03	11.481.354,06

No entanto, no recurso voluntário, a ora recorrente esclarece que é fundamentalmente uma empresa prestadora de serviços de construção civil, sendo sua atividade econômica principal a Construção de Edifícios (41.20-4-00), e atividades secundárias Fabricação de Estruturas Metálicas (2511-0/00), Fabricação de Esquadrias de Metal (25.12-8-00), Outras Obras de Acabamento da Construção (4330-4/99), Serviços de Engenharia (7112-0/00) e Serviços de Desenho Técnico Relacionados à Arquitetura e Engenharia.

Neste norte, acrescenta que sua atividade fabril se reporta à industrialização por encomenda com a fabricação de estruturas metálicas, que está vinculada à atividade principal, Construção de Edifícios, com a respectiva montagem em obra das referidas estruturas. Destaca que a atividade industrial por encomenda está sujeita ao imposto municipal, denominado, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, visto que está elencada na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, conforme transcrição abaixo, *in verbis*:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Por oportuno, destaque-se que o item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, estabelece que a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, são sujeitas ao ISSQN, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos, exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS.

No entanto, a recorrente não fornece mercadorias produzidas por ela, conforme notas fiscais lançadas na EFD e algumas imagens colacionadas abaixo, mas, sim,, presta serviço de industrialização por encomenda em bem do encomendante (remetente), logo não há incidência do ICMS.

Embora a recorrente argumente no recurso voluntário que é perceptível “nos contratos firmados com seus clientes a individualidade de personalização do serviço prestado” (fl. 110), consultando o caderno processual constatamos que os citados contratos não se encontram nestes autos, todavia, são documentos imprescindíveis para comprovação da prestação de serviço alegada pela interessada.

Consequentemente, no intuito de proferir uma decisão justa, baseada em documentos probatórios, arrimadas no art. 372 do Código de Processo Civil, abaixo transcrito, trazemos à baila prova emprestada, que são: cópias de contratos celebrados entre

a atuada e seus clientes, (fls. 270 a 290), como também Anotações de Responsabilidade Técnica – ART (fls. 291 e 292), Lei nº 6.496, de 7 de dezembro de 1977, emitidas pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Paraíba - CREA-PB, as quais foram apresentadas pela ora recorrente no Processo nº 141610/2020-1, que juntamos ao presente processo a fim de demonstrar a alegada prestação de serviço:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Sabendo que as referidas provas foram acostadas ao Processo nº 1416102020-1 pela ora recorrente, por óbvio, resta preservado o contraditório.

Assim, examinando o teor do Contrato de Empreitada (fls. 270 a 275), celebrado entre a ora recorrente e seu cliente, a empresa J.R.C.A. REPRESENTAÇÕES LTDA, depreende-se que este tem como objeto o seguinte:

Constitui objeto do presente contrato: a execução, pela CONTRATADA, de estruturas metálicas para um galpão de dimensões 25 x 35 m, com altura total de 8 metros, para o galpão “Mapel”, totalizando 875,00 m² de área de cobertura. Está incluso no orçamento a estrutura do galpão, estrutura para platibanda, estrutura para apoio de alvenaria, montagem de telhas e acessórios. A obra está localizada na cidade de Maceió/AL.

Além dos referidos contratos, constam nos autos cópias de Notas Fiscais de Serviço Eletrônica – (NFS-e) (fls. 146 a 261), emitidas no exercício de 2015, nas quais se discriminam Prestação de serviços de execução por empreitada global de obras de construção em aço, incluída no Item 7.02, da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Desse modo, do contrato supratranscrito, percebe-se que foi contratada a execução de estrutura metálica, ou seja, fabricação de estrutura metálica que está sujeita à incidência do ICMS, porém, analisando os dados da Escrituração Fiscal Digital, conforme reprodução abaixo, nota-se que a recorrente recebe bens remetidos por terceiros para industrialização, confirmando a sua alegação que não promove exclusivamente vendas de produtos acabados de serviço, mas realiza a industrialização por encomenda, vejamos:

Secretaria Executiva da Receita x +

www4.sefaz.pb.gov.br/atf/

Apps Gmail YouTube Maps

Lista de leitura

Sistema ATF - Administração Tributária e Financeira

Secretaria de Estado da Receita

GOVERNO DA PARAÍBA

Ler Mensagens Tela Cheia

Dossiê do Contribuinte Período: 01/2016 Sua Sessão Expira em: 13 min 38 Login: fernanda Função: DEC_382 Data: 04/11/2021 17:26:41 Produção

Informações Econômico-Fiscais (Entradas)										
CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
1101	COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO	33.083,24	32.443,35	5.839,78	0,00	0,00	+	x		
1252	COMPRA DE ENERGIA ELETRICA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL	293.063,85	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
1353	AQUISICAO DE SERVICIO DE TRANSPORTE POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL	45.160,57	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
1551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	2.348,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
1556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	385.006,28	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
1653	COMPRA DE COMBUSTIVEL OU LUBRIFICANTE POR CONSUMIDOR OU USUARIO FINAL	414.266,65	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
1916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONCERTO OU REPARO	21.083,16	0,00	0,00	0,00	0,00			x	
1924	ENTRADA PARA INDUSTRIALIZACAO POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE DA MERCADORIA, QUA	656.232,98	0,00	0,00	0,00	0,00				x
1949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICIO NAO ESPECIFICADA	7.004.424,50	0,00	0,00	0,00	0,00	+			x
2101	COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO	34.240,09	34.240,09	4.021,58	0,00	0,00	+			x
2353	AQUISICAO DE SERVICIO DE TRANSPORTE POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL	26.256,17	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	1.486,89	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	452.260,45	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2653	COMPRA DE COMBUSTIVEL OU LUBRIFICANTE POR CONSUMIDOR OU USUARIO FINAL	12.937,67	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2908	ENTRADA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	67,10	0,00	0,00	0,00	0,00				
2910	ENTRADA DE BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	13,00	0,00	0,00	0,00	0,00				x
2915	ENTRADA DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA CONCERTO OU REPARO	547.946,21	0,00	0,00	0,00	0,00				
2916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONCERTO OU REPARO	32.603,59	0,00	0,00	0,00	0,00				x
2924	ENTRADA PARA INDUSTRIALIZACAO POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE DA MERCADORIA, QUA	10.496.329,50	0,00	0,00	0,00	0,00				x
2949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICIO NAO ESPECIFICADO	3.764.845,89	0,00	0,00	0,00	0,00	+			x
3551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	45.700,01	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
Total Entradas:		24.269.355,80	66.683,44	9.861,36	0,00	0,00				

Exportar: PDF Excel CSV XML

Windows Taskbar: 17:28 POR PTB2 04/11/2021

Examinando detidamente as entradas da ora recorrente, é facilmente verificado que as aquisições para industrialização são pouco significativas, todavia, as entradas provenientes de terceiros destinadas à industrialização ou outras entradas não especificadas preponderam, de acordo com os lançamentos fiscais sob os CFOPs **1924** *Entrada para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente*, **1949** *Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada*, **2924** *Entrada para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente* e **2949** *Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada*, as quais somadas representam o percentual 90,32% (noventa inteiros e trinta e dois décimos) do total das entradas, em conformidade com os valores abaixo sintetizados:

CFOP	VALORES DAS ENTRADAS (R\$)
1924	656.232,98
1949	7.004.424,50
2924	10.496.329,50
2949	3.764.845,89
TOTAL	21.921.832,87

VALOR TOTAL DAS ENTRADAS = R\$ 24.269.355,80

**PERCENTUAL DAS ENTRADAS SEM DESTAQUE DO
ICMS EM RELAÇÃO AO TOTAL DAS SAÍDAS**

$$\frac{21.921.832,87}{24.269.355,80} \times 100 = 90,32 \%$$

E mais, as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) que estão lançadas com o CFOP 1924 discriminam remessas de mercadorias que serão industrializadas pela ora recorrente a pedido do remetente, as outras emitidas sob o CFOP 1949 fazem referência ao documento fiscal de remessa dos bens pelo contratante do serviço, consoante recortes das NF-e abaixo reproduzidos:

The screenshot displays the 'Consulta Completa da NF-e' (Complete NF-e Query) screen within the 'Sistema ATF - Administração Tributária e Financeira' (ATF System - Tax and Financial Administration). The interface includes a sidebar with navigation options like 'Consultar e', 'Completa', 'Completa XSLT', 'Genérica', 'Genérica (Itens)', 'Inutilizações', 'Resumida', and 'XML'. The main content area shows the following details:

- Consulta Completa da NF-e:**
 - Chave de Acesso: 26-1905-07.368.781/0223-08-65-001-000.028.438-171.888.101-0
 - Versão XML: 3.10
- DADOS DA NF-e:**

Número	Série	Data de Emissão	Data Saída/Entrada	Valor Total da Nota Fiscal
28438	1	28/05/2018 11:59:54	28/05/2018 12:06:54	21.344,73
- Emissor:**
 - CPF/CNPJ do Emitente: 07.368.781/0223-08
 - Nome/Razão Social do Emitente: GERDAU ACOS LONGOS S/A
 - Inscrição Estadual: 160330910
 - UF: PB
- Destinatário:**
 - CPF/CNPJ do Destinatário: 13.284.891/0001-36
 - Nome/Razão Social do Destinatário: INDUSTRIA E CONSTRUCOES VAO LIVRE S A
 - Inscrição Estadual: 161804832
 - UF: PB
 - Destino da Operação: Consumidor Final
 - Presença do Comprador: 9-Operação não presencial, o
 - 1-Operação interna: 1-Consumidor Final
- Emissão:**
 - Tipo de Emissão: Emissão normal (não em contingência)
 - Finalidade da emissão: 1 - NF-e normal
 - Processo de emissão: 0 - com aplicativo do contribuinte
 - Indicador de pagamento: 1 - A Prazo
 - Indicador de Intermediador/Marketplace:
 - Natureza da Operação: Rem.ind.ota.ord.odo.n.trans.establish
 - Tipo da Operação: 1-Saída
 - Digist/Valor da NF-e: a20AN1N5AJzjRRVNDQAlzaIOA=

Secretaria Executiva da Receita x +

www4.sefaz.pb.gov.br/atf/

Apps Gmail YouTube Maps

Sistema ATF - Administração Tributária e Financeira
Secretaria de Estado da Receita

Tela Cheia

Sua Sessão Expira em: 10 min 38' Login: fernanda Função: FIS_1005 Data: 05/11/2021 16:29:02 Produção

Ler Mensagens

Consultar e

Consultar e

Completa

Completa XSLT

Genérica

Genérica (Itens)

Inutilizações

Resumida

XML

Consulta Completa da NF-e

Chave de Acesso: 25-1805-07.358.7610223-08-55-001-000.028.438-171.088.101-0 Versão XML: 3.10

NFe Emitente Destinatário Produtos/Serviços Totais Transporte Cobrança Inf. Adicionais

Informações Adicionais

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES DO INTERESSE DO CONTRIBUINTE

Descrição:

VEDADO DESTAQUE ART 493 INC I DEC 7.212/10 "A DESCARGA DO MATERIAL E DE RESPONSABILIDADE DO CLIENTE"
MERC. ADQUIRIDA P/NF REF.POR: SER EDUCACIONAL S.A. - ENDEREÇO: AV. WISCONDE DE RIO BRANCO 2070 CIDADE: PORTALEZA- CNPJ: 04988320001516 - INSCRIÇÃO ESTADUAL: ENTREGA POR CONTA E ORDEM PARA INDUSTRIALIZACAO " ANEXAR AO DANFE A GNRE DE DIFERENCIAL DE ALIQUOTA Nota Fiscal emitida com referencia a NFe nr 28437 Serie: 1 emitida em 28.05.2016 DOC:7397447 REF:95918549 ORD:3783290 Nota Fiscal de Ref:28437

Documentos Fiscais Referenciados

Nota Fiscal Eletrônica referenciada

Chave de acesso: 25180507358761022308550010000284371327376834

Nova Consulta

Windows taskbar: 16:30 05/11/2021

Secretaria Executiva da Receita x +

www4.sefaz.pb.gov.br/atf/

Apps Gmail YouTube Maps

Sistema ATF - Administração Tributária e Financeira
Secretaria de Estado da Receita

Tela Cheia

25-1804-13.284.8910002-16-55-001-000.010-100.057.500-5 3.10

ITPe Emitente Destinatário Produtos/Serviços Totais Transporte Cobrança Inf. Adicionais

DADOS DA NF-e

Número:	Série:	Data de Emissão:	Data Saída/Entrada:	Valor Total da Nota Fiscal:
10	1	12/04/2016 11:47:00	12/04/2016 11:47:00	60.282,18

Emitente

CPF/CNPJ do Emitente:	Nome/Razão Social do Emitente:	Inscrição Estadual:	UF:
13.284.8910002-16	INDUSTRIA E CONSTRUÇÕES VAO LIVRE S.A.	162633588	PB

Destinatário

CPF/CNPJ do Destinatário:	Nome/Razão Social do Destinatário:	Inscrição Estadual:	UF:
13.284.8910001-35	INDUSTRIA E CONSTRUÇÕES VAO LIVRE S.A.	161804932	PB

Destino da Operação: Consumidor Final Presença do Comprador

1-Operação interna 0-Não 0-Não se aplica

Emissão

Tipo de Emissão: Emissão normal (não em contingência)

Finalidade da emissão: 1 - NF-e normal

Processo de emissão: 3 - pelo contribuinte com aplicativo fornecido pelo Fisco Indicador de pagamento: 0 - A Vista

Indicador de Intermediador/Marketplace:

Natureza da Operação: Tipo da Operação: Digest Value da NF-e

OUTRAS SAIDAS 1-Saída eP8y2uzrINDX24g2WB3BaArlk=

Situação Atual: Autorizada

Ocorrência:	Protocolo:	Data Hora:
100 - Autorizado o uso da NF-e	325160005859871	12/04/2016 12:01:10

Windows taskbar: 16:32 05/11/2021

Desse modo, percebe-se que os valores das entradas, previamente anotados, é composto na sua maior parte por remessas para industrialização, as quais importam no percentual maior que 90% (noventa por cento) do total das entradas.

Continuando o exame da EFD relativa ao exercício de 2016, as Vendas de Produção do Estabelecimento representam um percentual de 19,52% (dezenove inteiros e cinquenta e dois décimos) do valor total das saídas, de acordo com os dados a seguir sintetizados, os quais foram extraídos da citada EFD a partir da totalização por CFOP, segundo cálculo e reprodução abaixo:

CFOP	VALORES DAS SAÍDAS (R\$)
5101	355.387,60
6101	89.729,75
6107	2.019.314,70
TOTAL	2.464.432,05

VALOR TOTAL DAS SAÍDAS = R\$ 12.620.379,64

**PERCENTUAL DAS SAÍDAS DE PRODUÇÃO
DE ESTABELECIMENTO EM RELAÇÃO AO
TOTAL DAS SAÍDAS**

$$\frac{2.464.432,05}{12.620.379,64} \times 100 = 19,52\%$$

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
2556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	452.260,45	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2853	COMPRA DE COMBUSTIVEL OU LUBRIFICANTE POR CONSUMIDOR OU USUARIO FINAL	12.937,67	0,00	0,00	0,00	0,00	+			
2908	ENTRADA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	67,10	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00			
2910	ENTRADA DE BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	13,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
2915	ENTRADA DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA CONserto OU REPARO	547.946,21	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00			
2916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONserto OU REPARO	32.603,59	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
2924	ENTRADA PARA INDUSTRIALIZACAO POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE DA MERCADORIA, QUA	10.496.329,50	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
2949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICIO NAO ESPECIFICADO	3.764.845,89	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
3551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	45.700,01	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+		
Total Entradas:		24.269.355,80	66.683,44	9.861,36	0,00	0,00				

Informações Econômico-Fiscais (Saídas)										
CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
5101	VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELECIMENTO	355.387,60	355.387,60	63.969,78	0,00	0,00	+	x		
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	8.792,27	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
5556	DEVOLUCAO DE COMPRA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	1.977,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-		
5915	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA CONserto OU REPARO	21.083,16	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
5949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICIO NAO ESPECIFICADO	5.577.098,93	1.680,00	302,40	0,00	0,00	0,00	+	x	
6101	VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELECIMENTO	89.729,75	89.729,75	10.767,57	0,00	0,00	0,00	+	x	
6107	VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELECIMENTO, DESTINADA A NAO CONTRIBUINTE	2.019.314,70	2.019.314,70	295.374,53	0,00	0,00	0,00	+	x	
6202	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	286,20	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-	x	
6556	DEVOLUCAO DE COMPRA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	15.001,27	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-		
6915	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA CONserto OU REPARO	505.090,89	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
6916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA CONserto OU REPARO	167.722,32	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00			
6949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICIO NAO ESPECIFICADO	3.858.895,55	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
Total Saídas:		12.620.379,64	2.466.112,05	370.414,28	0,00	0,00				

Diante das análises dos valores lançados na EFD no exercício de 2016, fica evidente que as saídas que preponderam são aquelas registradas com CFOPs 5949 e 6949, as quais compreendem Outras Saídas de Mercadorias ou Prestações de Serviços Não Especificados, que somam R\$ 9.435.994,48 e compõem o total das saídas no percentual de 74,77 % (setenta e quatro inteiros e setenta e sete décimos).

Consultando as referidas notas fiscais de saídas emitidas com os CFOPs 5949 e 6949, que se tratam de NF-e, constata-se que discriminam retornos de serviços prestados, inclusive, citam no campo Informações Adicionais as notas fiscais de remessa para industrialização por conta do remetente. Por exemplo, vejamos a NF-e nº 2675, Chave de Acesso 25160413264891000135550010000026751000026757, cuja imagem segue abaixo, trata-se de uma nota fiscal de saída, emitida pela ora recorrente sob o CFOP 6949 que representa Outras Saídas de Mercadorias ou Prestações de Serviços Não Especificados:

Consulta Completa NF-e

Chave de Acesso: 25-1904-13.264.891/0001-35-55-001-000.002.875-100.002.875-7 Versão XML: 3.10

DADOS DA NF-e

Número: 2675 Série: 1 Data de Emissão: 22/04/2016 00:00:00 Data Saída/Entrada: 23/04/2016 00:00:00 Valor Total da Nota Fiscal: 49.858,82

Emitente

CPF/CNPJ do Emitente: 40.853.020/0001-20 Nome/Razão Social do Emitente: INDUSTRIA E CONSTRUÇÕES VAO LIVRE S.A. Inscrição Estadual: UF: 161804832 PB

Destinatário

CPF/CNPJ do Destinatário: 40.853.020/0001-20 Nome/Razão Social do Destinatário: UNIMED VALE DO SAO FRANCISCO C DE TRAB M Inscrição Estadual: UF: PE

Destino da Operação: Consumidor Final Presença do Comprador: 0-Não se aplica

Emissão

Tipo de Emissão: Emissão normal (não em contingência)

Finalidade da emissão: 1- NF-e normal

Processo de emissão: 0 - com aplicativo do contribuinte Indicador de pagamento: 0 - A Vista

Indicador de Intermediador/Marketplace:

Situação Atual: Autorizada

Coordenação: 100 - Autorizado o uso da NF-e Protocolo: 325190000459913 Data | Hora: 22/04/2016 19:55:21

Nesta nota fiscal de saída (NF-e nº 2675), acima reproduzida, no campo de Informações Adicionais estão relacionadas as notas fiscais (NF-e) que acobertaram a remessa do bem a ser industrializado por conta do remetente, conforme ilustração a seguir:

Sistema ATF - Administração Tributária e Financeira

Secretaria de Estado da Receita

Consulta Completa da NF-e

Chave de Acesso: 25-1904-13.264.891/0001-35-55-001-000.002.875-100.002.875-7 Versão XML: 3.10

Informações Adicionais

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES DO INTERESSE DO CONTRIBUINTE

Descrição:
NF-e chave acesso: 25160307358761022308550010000271861488542339, 32160303491082000160550010001188721008613341, 311603172274220010658000000798541692872110 e 32160303491082000240650010001244731009440365. Serviço realizado NPS 0338 ref. a devolução parcial das NFs 0 2718619/03/16, 57953417/03/16 Gardau, 11687217/03/16, 12447324/03/16 Perfilados.

Nova Consulta

Desse modo, consultando a primeira NF-e, acima indicada, Chave de Acesso 25160307358761022308550010000271861488542339, no Sistema ATF desta Secretaria, verificamos que discrimina remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente sem transitar pelo seu estabelecimento, em harmonia com a reprodução da consulta abaixo:

Assim sendo, é notório que as saídas acobertadas com notas fiscais de saídas emitidas sob os CFOPs 5949 e 6949 descrevem retornos de remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente do bem, logo não se tratam de vendas de mercadorias ao consumidor final, como alegado pela ora recorrente.

Além disso, a própria EFD revela que a maior parte das saídas promovidas pela recorrente estão lançadas nos CFOPs 5949 e 6949, fato que demonstra que não predominam as vendas de produção do estabelecimento, mas os retornos de remessa para industrialização, ou seja, 74,77% do total das saídas não tem repercussão tributária no campo do ICMS.

Com referência ao restante das saídas, é importante assinalar que discriminam Vendas de Mercadorias Adquiridas ou Recebidas de Terceiros, Devolução de Compra de Material de Uso ou Consumo, Remessa ou Retorno de Mercadoria ou Bem para Conserto ou Reparo e Devoluções, nos termos do resumo por CFOP da EFD, anteriormente citada.

É sabido que as operações de remessa para industrialização possuem regramento próprio, em harmonia com o art. 613 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, de acordo com a transcrição abaixo, *ipsis litteris*:

Art. 613. Nas operações em que um estabelecimento mandar industrializar mercadorias com fornecimento de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos de outros, os quais, sem transitar pelo estabelecimento adquirente, forem entregues pelo fornecedor diretamente ao industrializador, observar-se-á o disposto neste Capítulo.

§ 1º O estabelecimento fornecedor deverá:

I - emitir nota fiscal em nome do estabelecimento adquirente, da qual, além das exigências previstas no art. 159, constarão também nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento em que os produtos serão entregues, bem como a circunstância de que se destinam à industrialização;

II - efetuar o destaque do imposto na nota fiscal referida no inciso anterior, quando devido, que será aproveitado como crédito pelo adquirente, se for o caso;

III - emitir nota fiscal sem destaque do imposto, para acompanhar o transporte da mercadoria ao estabelecimento industrializador, mencionando-se, além das exigências previstas no art. 159, número, série e data da nota fiscal referida no inciso I, e o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do adquirente, por cuja conta e ordem será a mercadoria industrializada.

§ 2º O estabelecimento industrializador deverá:

I - emitir nota fiscal na saída do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda, da qual, além das exigências contidas no art. 159, constarão o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do fornecedor, e número, série, e data da nota fiscal por este emitida, bem como o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, destacando deste o valor da mercadoria empregada;

II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso anterior, sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, o destaque do imposto, se exigido, que será aproveitado como crédito pelo autor da encomenda, se for o caso.

Da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, depreende-se que a nota fiscal de remessa para o estabelecimento industrializador é emitida sem destaque do ICMS, devendo fazer menção à nota fiscal do adquirente, na saída, deve ser emitida nota fiscal do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda,

destacando o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, sobre o qual deverá incidir o imposto estadual.

Neste caso, do detalhamento das operações promovidas pela ora recorrente, deduz-se que o contribuinte realiza atividade mista, pois a Fabricação de Estruturas Metálicas e Esquadrias de metal é sujeita ao ICMS, enquanto a Construção de Edifícios e outras são tributadas pelo ISSQN, como consta no rol de atividades econômicas cadastradas no Sistema ATF desta Secretaria e registradas no seu Estatuto Social, cópia anexa aos autos.

Ademais, as Notas Fiscais de Serviço (NFS-e), anexas às fls. 141 a 261, demonstram que se tratam de prestações de serviços tributadas pelo ISSQN, não constando nos autos elementos que revelem a agregação significativa de mercadorias nos serviços em questão.

A denúncia ora combatida se reporta à falta de recolhimento de ICMS por ter o contribuinte efetuado pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, constatado mediante a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas, de acordo com os saldos inicial e final registrados na Conta José Janguê Bezerra Diniz relativa a Adiantamentos Recebidos no valor de R\$ 31.892.650,16, conforme descrição da infração e nota explicativa às fls. 3, 6 e 7.

Porém, dos documentos acostados aos autos em conjunto com as análises das entradas e saídas registradas na Escrituração Fiscal Digital relativa ao exercício de 2016, verificamos que 19,52% do valor total das saídas se referem às vendas de produção do estabelecimento, a maior parte das saídas são constituídas por retornos aos remetentes (autor de encomenda por industrialização) dos bens industrializados e devoluções, conforme registros na EFD por CFOP previamente transcritos.

Desse modo, constatado que a ora recorrente pratica em menor monta as saídas de produtos acabados, visto ser sua atividade principal a prestação de serviço de industrialização por encomenda em harmonia com projeto arquitetônico e destinada a obra certa, consoante cópias de contratos colacionados aos autos e notas fiscais (NF-e) registradas na EFD no exercício de 2016, não é razoável impor a acusação de presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrente de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas, fundamentada no art. 646, inciso II, do RICMS/PB, vez que, em 2016, sua atividade dominante foi prestação de serviço de industrialização por encomenda.

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu provimento, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, julgando **IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000651/2020-99** (fl. 3), lavrado em 13 de abril de 2020, contra a empresa **INDÚTRIA E CONSTRUÇÕES VÃO LIVRE S.A.**, inscrita no CCICMS/PB sob n.º 16.180.463-2, devidamente qualificada nos autos, desobrigando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente feito fiscal.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de novembro de 2021.

Larissa Meneses de Almeida
Conselheira Suplente

