

PROCESSO	- A. I. Nº 02598706/95
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CUNHA GUEDES & CIA. LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0006-03/02
ORIGEM	- INFAZ CALÇADA
INTERNET	- 30.04.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0132-12/02

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E CONSUMO. Inexigibilidade de pagamento da diferença de alíquotas. Preliminar de nulidade rejeitada. Infração insubsistente. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto na forma do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, diante do julgamento proferido na 3ª JJF, que através do Acórdão nº 0006-03/02 desonerou o sujeito passivo do débito, que exigiu falta de recolhimento de imposto relativo a diferença de alíquota por entradas de mercadorias, oriundas de outros Estados, destinadas ao consumo e Ativo Fixo, nos exercícios de 1993 e 1994, e Janeiro a Julho de 1995, no montante de R\$57.510,92.

O julgamento proferido na 1ª Instância traz o seguinte voto:

“O presente PAF encontra-se revestido das formalidades legais, não cabendo a arguição de nulidade inicialmente suscitada pela defesa.

No mérito, o autuado considera indevida a cobrança do ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo e consumo, adquiridos em outras unidades da Federação nos exercícios fiscalizados, pois não se considera contribuinte do ICMS, mas sujeito às regras que disciplinam a tributação à nível municipal, como contribuinte do ISS.

As empresas de construção civil, na edição da Lei nº 4.825/89, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, estavam incluídas na previsão do parágrafo único do art.10, que determinava que “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”. Assim, no item X, o prestador de serviços, com fornecimento de mercadorias, compreendidos na competência tributária dos municípios, ressalvadas em lei complementar, estavam incluídos como contribuintes do ICMS e sujeitos às normas previstas na legislação tributária do Estado da Bahia.

Posteriormente, a Lei nº 6.477/92 transformou em § 1º o parágrafo único e acrescentou o § 2º ao art. 10 da Lei nº 4.825/89, que reza:

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.

§ 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.

Portanto, a legislação acima mencionada, estabeleceu que a habitualidade é requisito essencial para se definir o contribuinte do ICMS, e não mais considerou contribuintes do ICMS as empresas de construção civil que não fornecem material. Assim, somente podem ser submetidas ao pagamento de ICMS relativo às diferenças de alíquotas, os contribuintes de ICMS. Nas aquisições efetuadas pelas empresas de construção civil, sem a habitualidade prevista em lei, deverá constar no documento fiscal que a mercadoria é destinada a não contribuinte do ICMS, conforme art. 541, § 1º, inciso II, do RICMS/97, não cabendo a exigência do imposto”

VOTO

Examinando a matéria que constitui objeto do Recurso de Ofício face ao disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e do art. 146 do COTEB (Lei nº 3.956/81) com a redação da Lei nº 7.438/99, constato que a infração descrita na peça exordial trata-se de exigência de imposto sob acusação de falta de recolhimento de diferença de alíquota, por aquisição de mercadoria em outra Unidade da Federação, destinada ao consumo e Ativo Fixo de empresa que opera no ramo da Construção Civil.

O período indicado no Demonstrativo de Débito refere-se aos exercícios de 1993 e 1994 e janeiro a junho de 1995.

As alegações apresentadas pelo sujeito passivo na peça de Impugnação (fls. 235 a 242) em síntese foram as seguintes:

- 1) que não é contribuinte do ICMS e sim do ISS e em conformidade com o art. 8º do Decreto nº 406/68.
- 2) que só na hipótese de produzir mercadorias fora do local da obra na execução dos serviços especificados nos itens 32 e 34 da Lista de Serviços é que poderia ser considerada Contribuinte de Imposto Estadual.
- 3) citou o Convênio nº 71/89 firmado entre os Estados, que fixou a condição das empresas da construção civil serem contribuintes do ISS.
- 4) no mérito, alegou que não descumpriu a obrigação tributária da qual estava sendo acusado.

Concluiu conclamando a improcedência da autuação. O recorrido obteve êxito em seus argumentos, uma vez que a decisão pela improcedência do Auto de Infração, obteve a unanimidade dos componentes da 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

De fato, a matéria em lide, diante da norma contida no art. 10 da Lei que instituiu o ICMS – Lei nº 4.825/89 – demandou diversas interpretações por parte dos agentes fiscais, quando da fiscalização

de empresas que atuavam no setor da construção civil, por que entendia que elas, para efeito do recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo ou bens do Ativo Fixo, seriam consideradas contribuintes.

Verifico examinando as notas fiscais acostadas aos autos, que as mercadorias aí consignadas referem-se a aquisição de bens para o Ativo Fixo.

Porém, essas interpretações deram ensejo à Lei nº 6.477/92 que acrescentou o § 2º ao art. 10 da lei do ICMS – nº 4.825/89, onde passava a exigir o requisito de habitualidade para integrar o conceito de contribuinte do ICMS. Assim o pagamento da diferença de alíquota só é devido quanto a pessoa for contribuinte do ICMS.

O referido parágrafo entrou em vigor a partir de 01/01/93, conforme D.O. de 23/12/92.

Trago à colação o Acórdão nº 0789/99 proferido na 2ª CJF acerca da cobrança de diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo e Consumo, voto do Conselheiro José Raimundo dos Santos que manteve a improcedência da autuação Negando Provimento ao Recurso de Ofício.

Deste modo, concordo com a Decisão Recorrida que afastou a exigência fiscal do imposto, e assim por considerá-la sem reparos, a mantenho na íntegra, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 02598706/95**, lavrado contra **CUNHA GUEDES & CIA. LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de Abril de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ