

**PROCESSO** - A.I. Nº 03008500/96  
**RECORRENTE** - M.R.M. INCORPORADORA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO DE REVISTA – Resolução 3ª Câmara nº 2436/97  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)  
**INTERNET** - 18.12.02

## **CÂMARA SUPERIOR**

### **ACÓRDÃO CS Nº 0206-21/02**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições (e transporte) de materiais efetuadas por Construtora, quando esta não seja efetivamente contribuinte do imposto, ou seja, quando a mesma não fornecer mercadoria produzida fora do local da obra (situação confirmada em diligência realizada pela ASTEC), nos termos do art. 2º, inciso IX, c/c o art. 541, §1 e 543, inciso I, do RICMS/97, que se aplica retroativamente. Infração não caracterizada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso de Revista apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, constante da Resolução nº 2436/97, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, mantendo-se assim a exigência fiscal, que imputou ao recorrente a falta de recolhimento do diferencial de alíquota na condição de empresa de construção civil.

Alega o sujeito passivo, no Recurso em apelo – fls. 109 a 116 – em resumo, que o Decreto nº 7.365/98 foi editado para exatamente equacionar a problemática das empresas de construção civil, caso do recorrente. Entende que por esta norma expressa-se o entendimento do Fisco baiano de que tais empresas não são contribuintes do imposto, e por determinação expressa consigna que este entendimento é retroativo. Para efeito de admissibilidade, cita as Resoluções nºs 0146/93 e 1838/97, entendendo-as paradigmas para efeito de conhecimento do Recurso. Conclui requerendo o conhecimento e provimento do Recurso de Revista, para decretar-se a Improcedência do Auto de Infração

Vindo o PAF a julgamento, esta Relatora converte o mesmo em diligência para que fiscal estranho feito verificasse se à época da ocorrência dos fatos geradores do presente Auto de Infração a empresa exercia fornecimento de mercadoria produzida fora do local da obra, diligência esta corroborada pela PROFAZ - vide fls. 132 e 134.

Às fls. 135 e 136, consta o Parecer ASTEC nº 092/02, onde o diligente conclui que, após o exame da documentação do recorrente, a empresa não realizou operações relativas à circulação de mercadorias ou prestações de serviços sujeitas à incidência do ICMS.

A PROFAZ, à fl. 156, manifesta-se pelo Provimento do Recurso, por entender que a diligência realizada pela ASTEC atestou que a empresa não produz mercadoria fora do local da obra, logo não se configurando como contribuinte do ICMS.

## **VOTO**

Em relação à admissibilidade do presente Recurso de Revista, entendemos que as Decisões trazidas pelo recorrente de fato preenchem a característica de paradigmas, possibilitando-se, assim, o conhecimento do Recurso, visto que tratam da mesma situação jurídica, e onde os julgadores acatam a tese de que não sendo contribuintes do ICMS os autuados, e sim do ISS, incabível seria a exigência do diferencial de alíquota, ressaltando que a Resolução nº 1838/97 tem como autuado também empresa que exerce a atividade de construção civil, como a ora recorrente.

No mérito, a diligência realizada comprovou que de fato o recorrente não exerce atividade tributada pelo ICMS, que, no caso das empresas de construção civil, seria o fornecimento de mercadorias produzidas fora do local da obra, ex vi o quanto determina o art. 2, IX, alínea “a”, item 1 do RICMS/BA.

Do exposto, a empresa de construção civil só será obrigada a efetuar o pagamento de diferença de alíquota quando não considerada legalmente como contribuinte do ICMS. Ora, a construtora só será considerada contribuinte deste imposto caso realize operação tributada por este imposto, e, no caso específico desta atividade, esta apenas ocorrerá, repetimos, quando a mesma produzir fora do local da obra, conforme dispõe inclusive de modo expresso a Lista de Serviços, criada pelo Decreto-Lei nº 406/68, e alterada pela LC nº 56/97, no seu item 32, *“in verbis”*: *“Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e de outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação de serviços, que fica sujeito ao ICMS)”*

Esta regra encontra consonância com o quanto determina o art. 541 do RICMS/BA, ou seja, que somente estará sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas a empresa de construção civil considerada legalmente contribuinte do ICMS. Por sua vez o art. 543, ao qual remete o dispositivo em comento, expressa que a construtora deverá inscrever-se na condição de contribuinte normal sempre que realizar com habitualidade operação sujeita ao ICMS, nos termos do inciso IX do art. 2º, alínea “a”, item 1, dispositivo acima citado.

Averbe-se, por outro lado, que o Decreto nº 7.365, de 01.07.98, ao tratar das construtoras, criando capítulo próprio para as mesmas no Regulamento do ICMS, de maneira expressa, em cumprimento à boa técnica legislativa, e em consonância com a melhor doutrina e jurisprudência que asseveram que a lei deve ser expressamente interpretativa, textualmente lhe dá este cunho. Assim, estas regras devem ser aplicadas de forma retroativa, a teor do art. 106 do CTN

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do presente Recurso de Revista, decretando-se a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda do Estado, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Revista apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **03008500/96**, lavrado contra **M.R.M. INCORPORADORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFZ