

PROCESSO	- A. I. Nº 206767.0008/98-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- COESA ENGENHARIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 1616/00
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET	- 13.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0207-12/02

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Com a edição da Lei nº 6.447/92, ficou estabelecido que a habitualidade é requisito essencial para se definir quem é ou não contribuinte do ICMS. Não consta nos autos prova da condição de contribuinte do imposto, ou seja, de que o autuado produziu mercadoria fora do local da obra, situação confirmada pela diligência da ASTEC. Inexigibilidade do pagamento da diferença de alíquotas. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Conforme determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e o art. 23, inciso VI, do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/99), o Recurso de Ofício interposto, decorre do fato da decisão proferida na 1ª Instância ter exonerado o sujeito passivo do débito apontado no presente Auto de Infração, ao julgar o mesmo Improcedente.

A autuação baseia-se na constatação da falta de recolhimento do imposto estadual em razão da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo, nos meses de janeiro a março de 1994 e março a dezembro de 1995.

O julgamento proferido na 4ª Junta de Julgamento Fiscal afastou as preliminares de nulidade suscitadas e apreciando o mérito acerca do não recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais destinadas ao ativo fixo, pautou o seu entendimento respaldando-se no § 1º, do art. 10, da Lei nº 6.447/92 que alterou o mesmo artigo da Lei nº 4.825/89, cujo enunciado é que somente se considera contribuinte para fins de cumprimento da obrigação principal e acessória, bem como para o pagamento de diferencial de alíquota, se forem realizadas com habitualidade, operações de circulação de mercadorias. E argumentando ainda o disposto no art. 541, § 1º, inciso II, do RICMS/97, considerou que nesta disposição regulamentar através do Decreto nº 7.365 de 01/07/98 consta que o mesmo tem caráter interpretativo na sua aplicação. Concluiu pela Improcedência do Auto de Infração, pois não restou comprovado a condição de contribuinte do autuado.

O processo foi objeto de diligência conforme fl. 78 dos autos, requerida pela então Relatora do Recurso de Ofício, com a finalidade de se verificar se a empresa exercia à época dos fatos geradores da autuação em questão (exercícios de 1994 e 1995) operação sujeita à tributação pelo ICMS.

Através da ASTEC no Parecer nº 0060/2000, à fl. 79, a diligente fiscal informou que realizou os exames nos livros e documentos do autuado no período de janeiro/94 a dezembro/95 e observou que “a empresa não produzia mercadorias fora do local da obra, pois as notas fiscais de saídas eram emitidas para movimentação de material entre os estabelecimentos da titular e suas obras e vendas de sucata conforme cópias por amostragem à fls. 81 a 116”, e concluiu que o autuado não realizava operação sujeita a tributação do ICMS, durante o período autuado.

O processo foi encaminhado à PROFAZ, para emissão do Parecer, tendo a Ilustre Representante da PROFAZ observado que aquele órgão não tem competência para emitir Parecer Jurídico quando se tratar de Recurso de Ofício, à luz do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, e que não foi requerido pela Relatora a emissão de Parecer opinativo. Foi sugerido que o processo retornasse para o julgamento.

VOTO

Examinando a matéria que constitui objeto do presente Recurso de Ofício, interposto na forma prevista 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, verifico que a exigência fiscal aponta a falta de recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias em outros Estados, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, que opera no ramo da Construção Civil. O período da exigência fiscal compreende de Janeiro/94 a Dezembro/95.

Observo que o julgamento pautou-se nos dispositivos constantes na Lei nº 6.447/92 - § 1º, do art. 10, que alterou a Lei nº 4.825/89 e estabeleceu a condição de habitualidade para definir o conceito de contribuinte ou não do ICMS. Fez referência ao inciso II, do § 1º, do art. 541, do RICMS/97, que expressamente declara o caráter interpretativo do referido artigo, estabelecido pela alteração nº 7, através do Decreto nº 7365, de 01/07/98, onde dispõe que para efeito de pagamento de diferença de alíquota, a empresa de construção civil não será considerada legalmente contribuinte de ICMS, salvo se ficar comprovado que se inscreveu de forma indevida nesta categoria.

Assim, aplicando a regra interpretativa acima referida, o julgamento foi pela Improcedência do Auto de Infração, por concluir o Relator que não restou dúvida quanto a condição do autuado de que o mesmo não realizou operações com mercadorias sujeitas ao ICMS. A decisão teve a unanimidade dos membros da Junta de Julgamento Fiscal.

Ocorre que a então Relatora do PAF solicitou diligência para verificar se a empresa realizava operações sujeitas a tributação do ICMS, que no caso de construtora, seria a produção da mercadoria fora do local da obra, no período autuado, a fim de que pudesse fundamentar o seu julgamento.

A conclusão consubstanciada no Parecer da ASTEC, pela diligente fiscal é de que a empresa não produzia mercadorias fora do local da obra e por conseguinte não realizava operações sujeitas ao ICMS.

Da análise da Decisão Recorrida, considero que diante da diligência ter constatado que o recorrente não exercia atividade tributada pelo ICMS, que no caso de construtora seria o fornecimento de mercadoria produzida fora do local da obra, não há que subsistir a exigência

fiscal. E assim, efetivamente, deve ser aplicado a determinação contida no art. 541, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, uma vez que a Alteração nº 07 que regulamentou tal dispositivo através do Decreto nº 7365 de 01/07/98, consignou no seu art. 4º que as disposições ali contidas se revestiam de caráter interpretativo.

Logo há que se aplicar tal dispositivo retroativamente consoante dispõe o art. 106, inciso I, do CTN.

Assim, a empresa de construção civil só estaria obrigada ao pagamento de diferença de alíquota se considerada legalmente como contribuinte do ICMS, e os arts. 36 e 543, I, do RICMS, mencionados no art. 541 em comento, tanto ao definir contribuinte – no caso do art. 36, quanto relativo a exigência da inscrição – no caso do art. 543, inciso I, ambos impõem o requisito da habitualidade para a caracterização da condição de contribuinte.

Deste modo, não obstante a empresa tenha alegado que as mercadorias adquiridas não se destinavam ao seu ativo fixo, mas que aplicou como insumos nas obras que realiza, e por isso que só estava sujeito ao ISS, o que restou constatado pelo diligente é de que o autuado não havia produzido mercadorias fora do local da obra.

Do cotejo na legislação, conclui-se que a única hipótese de ser alcançado pelo ICMS é se produzisse mercadorias fora do local da obra, ao teor do que dispõe o item 32 da Lista de Serviços, criada pelo Dec.-Lei nº 406/68, com as alterações da Lei Complementar nº 56/87, *verbis*:

“Lei Complementar nº 56/87 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e de outras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares, exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviço fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS.”

Por todo o exposto, embora com outros fundamentos, dando o enfoque a questão posta na diligência, uma vez que restou confirmada pelo diligente fiscal a alegação do autuado de que não exercia atividade tributada pelo ICMS, concordo com a Decisão Proferida na 1ª Instância quanto a Improcedência da autuação, e assim voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206767.0008/98-4, lavrado contra **COESA ENGENHARIA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ