

PROCESSO	- A.I. Nº 03228270/95
RECORRENTE	- LEBRAM CONSTRUTORA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Resolução 4ª Câmara 0423/98
ORIGEM	- INFAZ IGUATEMI
INTERNET	- 11.09.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0289-12/02

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empresa de construção civil somente é considerada legalmente contribuinte do ICMS quando realiza com habitualidade operações com mercadorias. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS referente à diferença de alíquota, decorrente da aquisição de mercadorias, para uso, consumo ou ativo fixo, em outras unidades da Federação, durante os exercícios de 1990 a 1994, no valor de R\$18.693,15.

Inconformada com a Decisão contida na Resolução nº 0423/98, da 4ª Câmara, que julgou Procedente o Auto de Infração, por entender que “por força do Convênio nº 71/89, as Empresas de construção civil estão obrigadas ao recolhimento do diferencial de alíquotas”, a Empresa entra com Pedido de Reconsideração onde diz que é contribuinte do ISS, em face da atividade que desenvolve, de prestadora de serviços de construção civil, como previsto no item 32 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar nº 56/87, não se enquadrando na ressalva contida no referido item pois não fornece mercadoria por ela produzida fora do canteiro das obras. Ao final do seu Recurso, após citar decisões de tribunais diversos, pede seja o mesmo Conhecido e Provido, para que seja julgado Improcedente o Auto de Infração.

O autuante, instado a se pronunciar pede seja mantido o Auto de Infração, não devendo ser Conhecido o Recurso por não ter a Empresa trazido fato ou fundamento de direito não apreciado no julgamento anterior.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 904, após análise, opina pelo Não Conhecimento do Pedido, usando como fundamento os mesmos argumentos utilizados pelo autuante.

Em 16/02/2000, na assentada de julgamento, esta 2ª Câmara decidiu que o processo fosse convertido em diligência, à INFAZ de origem, para “verificar se à época da ocorrência dos fatos a Empresa exercia atividade sujeita à tributação pelo ICMS, que, no caso de Construtora, seria a produção de mercadoria fora do local da obra”.

Em resposta, auditor designado pela Astec, em trabalho de fl. 907, assim concluiu: “Do acima exposto, de acordo com a documentação apresentada, nada encontramos que comprove a produção, pela Construtora, de mercadoria fora do local da obra, à época da ocorrência da ação fiscal”.

A Empresa e o autuante, instados a se pronunciar, não se manifestaram.

A PROFAZ, em intervenção feita à fl. 959, reiterando parecer anterior, opina pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso, “por ausência dos requisitos de admissibilidade exigida na legislação vigente à época da interposição do Recurso”.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito, tenho a dizer que o Pedido de Reconsideração foi CONHECIDO por esta 2ª Câmara, em 16/02/2000, motivo que levou à diligência para que se verificasse se a Empresa exercia, à época dos fatos, atividade sujeita à tributação pelo ICMS.

Quanto ao mérito, a diligência solicitada comprovou que a Empresa não exercia atividade sujeita ao ICMS.

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. Entendo que a questão das Construtoras frente ao ICMS, ficou pacificada, após edição deste Decreto, que processou a alteração nº 7 ao RICMS/97, e que trouxe regramento específico para esta atividade, através de alteração aos arts. 540 a 545 deste diploma regulamentar, e expressamente consignou, no seu art. 4º, que as referidas disposições se revestem de caráter interpretativo, portanto, com aplicação retroativa, nos termos do já citado art. 106 do CTN.

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, apenas ocorrerá este fato quando a mesma produzir fora do local da obra, conforme dispõe inclusive de modo expreso a Lista de Serviços, criada pelo Decreto-Lei nº 406/68, e alterada pela LC nº 56/97, no seu item 32: *“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)”*

Efetivamente, determina o art. 541 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, e este, por sua vez, expressamente na sua alínea “a”, item 1, define como hipótese de ocorrência do fato gerador do ICMS o fornecimento pelo prestador de serviço listado no item 32 da Lista acima citada, quando produzir mercadorias fora do local da obra.

Portanto, como a diligência por nós suscitada constatou que o recorrente não exercia atividade tributada pelo ICMS, que, no caso de construtora, repetimos, é o fornecimento de mercadoria por ele produzida fora do local da obra, não há que subsistir a exigência fiscal; e tendo natureza expressamente interpretativa as disposições trazidas pelo citado Decreto, estas devem retroagir para alcançar os fatos pretéritos.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do presente Pedido de Reconsideração, para que seja modificada a Decisão Recorrida julgando totalmente IMPROCEDENTE o Auto de Infração em análise.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado, para reformar a Decisão Recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 03228270/95, lavrado contra **LEBRAM CONSTRUTORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de Agosto de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ