

A. I. N° - 02598706/95
AUTUADO - CUNHA GUEDES & CIA. LTDA.
AUTUANTES - MARIA DO SOCORRO AGUIAR e MARIA NAZARÉ HORA SILVA
ORIGEM - INFAZ CONCEIÇÃO DA PRAIA
INTERNET - 06/02/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0006-03/02

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E CONSUMO. Inexigibilidade do pagamento da diferença de alíquotas. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/08/95, no valor de R\$ 57.510,92, decorreu da falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas de mercadorias oriundas de outros Estados, destinadas a consumo ou ativo fixo, referente aos exercícios de 1993, 1994, e janeiro a junho de 1995.

O autuado tempestivamente ingressa com defesa, fls. 235 a 242, e em preliminar argui a nulidade do Auto de Infração, em razão da inexistência da infração, com base no art. 18 do RPAF/81, pois o autuado não é contribuinte do ICMS, vez que é inscrito no cadastro normal do ICMS, por força do Decreto 2.737/89 (ato do Executivo), que introduziu modificações no Regulamento do ICMS, vez que antes de tal fato as empresas do ramo de construção civil eram inscritas no cadastro Especial, por não serem contribuintes do ICMS, a não ser em casos específicos. Afirmar que é contribuinte do ISS, inscrito na Prefeitura Municipal de Salvador, em face do que estabelece o § 1º do art. 8º do Decreto-Lei 406/68, cujas normas foram recepcionadas pela Constituição de 1988, naquilo que não conflitaram com a nova ordem constitucional. Salienta que somente pode ser considerada como contribuinte do ICMS a empresa de construção civil que, fora do local da obra, produza mercadoria a ser fornecida na execução dos serviços especificados nos itens 32 e 34 da Lista de Serviços. Cita que o Convênio ICMS 71/89, firmado entre os Estados da Federação, conforma que as empresas de construção civil permanecem na condição de contribuintes do ISS, e só em circunstâncias especiais estarão sujeitas ao ICMS, firmando entendimento de que aplica-se o disposto na letra “a” do inciso VII, e o inciso VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Traz à colação decisões jurisprudenciais emanadas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, amparando sua tese, e consigna o bis in idem, do período de janeiro a setembro de 1993, já constante do Auto de Infração nº 02746810. Adentra ao mérito, por economia e celeridade processuais, dizendo que improcede a autuação, por não ser contribuinte de ICMS, vez que os dispositivos do RICMS ditos como infringidos, carecem do amparo constitucional, vez que não foram introduzidos no mundo jurídico via Lei Complementar. Outrossim, diz que a data para pagamento relativa à diferença de alíquota é o dia 20 de cada mês e não o dia 09, como consta nos autos.

Alega ainda que o valor do imposto cobrado está incorreto, pois o autuante não levou em consideração a base de cálculo reduzida, a não incidência do ICMS em alguns casos, o Estado de

origem, a substituição tributária e o estorno de lançamento, de notas fiscais que exemplifica. Requer que o AI seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, fls. 327 e 328, e concorda em parte com as razões da defesa, razão porque exclui da cobrança do ICMS, todas as notas fiscais indicadas com erro quanto à redução de base de cálculo, com exceção das notas fiscais de nº 40964 e a de nº 2974. Na primeira porque não foi considerada duas vezes, e a segunda porque foi lançada no Livro de Entradas do autuado e não há indicação e nem comprovação de que a mesma não pertence à Cunha Guedes.

A Douta Profaz,. encaminha o PAF à INFAZ de origem, para que o autuante apresente novo demonstrativo de débito, com as parcelas excluídas e determina a reabertura do prazo de defesa ao autuado.

Em cumprimento ao solicitado, o autuante junta novo demonstrativo de débito, à fl. 330, no valor de R\$ 54.937,83.

O autuado manifesta-se às fls. 336 a 338 e ratifica de plano, o inteiro teor da defesa, protocolizada em 16 de outubro de 1995, e invoca a título ilustrativo a sentença do Juiz Titular da 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos Embargos à Execução nº 7227289/99, opostos sobre a mesma matéria. Mais uma vez refuta os argumentos consignados à fl. 327, pelo autuante, bem como as alíquotas utilizadas no Demonstrativo de fl. 330. Diz que o autuante errou ao elaborar o demonstrativo de débito. Traz aos autos novo demonstrativo e requer seja considerado o valor nele consignado de R\$ 52.471,84, acaso considerada procedente a autuação.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 02598706/95 lavrado contra **CUNHA GUEDES & CIA. LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR