

PROCESSO - A. I. Nº 157065.0002/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G.W.J. SERVIÇOS CONSTRUÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0227-01/12
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 02/05/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0085-12/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Nos termos do art. 7º, inciso V, do RICMS/BA, não é devido o pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas por parte da microempresa devidamente inscrita como tal no cadastro estadual, como é o caso do autuado. Infrações insubsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - 1ª JF em relação à Decisão proferida através do Acórdão nº 0227-01/12 que julgou Improcedente o Auto de Infração em referência, no valor de R\$65.399,64, lavrado para imputar ao recorrido a prática das seguintes infrações à legislação tributária estadual:

- 1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro de 2008, novembro e dezembro de 2009, março e agosto de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$65.345,00, acrescido da multa de 60%;*
- 2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$54,64, acrescido da multa de 60%.*

De acordo com os termos constantes do relatório da Decisão recorrida, o recorrido, sustentou que o imposto exigido na infração 01 não é devido, tendo em vista o que dispõe o art. 7º, I, §7º e IV, “c” do RICMS/BA, dada a sua condição de empresa de transporte, optante pelo crédito presumido previsto no art. 96, XI, do RICMS/BA enquanto que em relação à infração 2, arguiu que se trata de materiais para aplicação nas suas atividades fins, razão pela qual descabe a exigência, conforme estabelece o art. 7º, I, do RICMS/BA.

Já o autuante se posicionou consignando que é de conhecimento a concorrência entre Estados da Federação e que alguns contribuintes aproveitando-se dessa situação, adquirem bens ou mercadorias, com desconto, com as alíquotas interestaduais, praticando a concorrência desleal com os contribuintes do Estado da Bahia, frisando que o recorrido não efetuou o pagamento da diferença de alíquotas, nem apresentou elementos suficientes para não efetuar o pagamento.

A 1ª JF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS, em decorrência de falta de recolhimento do imposto referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado (infração 01) e a consumo do estabelecimento (infração 02).

Do exame das peças que compõem o presente processo, observo que o autuado rechaça a autuação sustentando que em virtude de ser optante pelo crédito presumido previsto no art. 96, inciso XI, do RICMS/97, não deve recolher o imposto referente à diferença de alíquotas, conforme estabelece o art. 7º, inciso IV, alínea “c” do referido RICMS/97.

O art. 5º, inciso I, do RICMS/97, determina que para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Porém, apesar de a diferença de alíquotas incidir na entrada de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação e destinados a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, existe previsão de dispensa do pagamento do imposto nas hipóteses especificadas no art. 7º do mesmo RICMS/97, dentre as quais se incluem o inciso IV, "c" e inciso V, conforme reproduzido abaixo:

"Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

*.....
IV - nas aquisições de bens do ativo permanente efetuadas por:*

*.....
c) transportadores que tenham optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, condicionado ao não-aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas;
.....*

V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;"

Conforme se verifica da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, tratando-se o adquirente de transportador optante pelo crédito presumido previsto no inciso XI do art. 96 – conforme alega ser o impugnante -, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Também, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas em se tratando o adquirente de microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99.

Examinando os dados cadastrais do autuado, verifico que este se encontra inscrito na SEFAZ/BA, na condição de microempresa desde 24/01/2008, significando dizer que a dispensa do pagamento da diferença de alíquota se dará independentemente da forma de apuração adotada, ou seja, ainda que não fosse seja optante do crédito presumido de 20% previsto no art. 96, inciso XI, do RICMS/BA, estaria dispensado do referido pagamento função de sua condição de microempresa.

Diante disso, descabe a exigência do pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias destinadas a uso/consumo e ativo permanente do estabelecimento realizadas pelo autuado, conforme exigido nas infrações 01 e 02, sendo a autuação integralmente insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Da Decisão acima, a 1ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

As infrações indicadas no presente Auto de Infração cuidam de falta de pagamento de ICMS a título de diferença de alíquota, sendo que a primeira se refere a bens destinados à integração ao Ativo Fixo do estabelecimento enquanto que a seguinte trata de aquisição de material para uso e/ou consumo.

Analisando os dados cadastrais do recorrido, fls. 15 e 16, verifico que este tem como atividade econômica principal a execução de obras de terraplenagem, isto é, serviço de construção civil. Como atividades secundárias, se incluem, construção de edifícios, de rodovias e ferrovias e, por último, transporte rodoviário de carga.

Assim, sob a ótica de empresa de construção civil, o RICMS/97, impõe em seu Art. 541, § 1º, a regra abaixo reproduzida, a qual condiciona a esse segmento a condição abaixo para que esteja desobrigado ao pagamento da diferença de alíquota:

§ 1º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á o seguinte:

I - a empresa de construção civil, quando legalmente consideradas contribuintes do ICMS (art. 36 e art. 543) somente estará sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o seu ativo imobilizado ou de bens de uso ou materiais de consumo do seu estabelecimento (art. 7º);

II - relativamente à empresa de construção civil, quando não consideradas legalmente contribuintes do ICMS (art. 36 e art. 543):

a) não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, a menos que se comprove estar inscrita como tal indevidamente;

b) nas aquisições de mercadorias, bens, materiais e serviços de transporte e de comunicação procedentes de outra unidade da Federação, a empresa de construção civil, ao informar aos seus fornecedores ou prestadores os dados cadastrais do seu estabelecimento, deverá declarar, expressamente, a sua condição de não contribuinte do ICMS, instruindo-os no sentido de que a alíquota a ser adotada no cálculo do imposto será a prevista para as operações e prestações internas na unidade federada de origem;

c) a partir de 01/01/99, sempre que mercadorias, bens, materiais e serviços de transporte e de comunicação procedentes de outra unidade da Federação forem destinados a empresa de construção civil situada neste Estado, se o imposto tiver sido calculado pela alíquota interestadual, deverão ter sua situação fiscal regularizada na entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, mediante:

1 - comprovação do pagamento da diferença do imposto devido à unidade federada de origem, através da emissão de documento fiscal complementar pelo estabelecimento remetente ou mediante o pagamento da quantia correspondente através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE); ou

2 - substituição do documento fiscal por Nota Fiscal Avulsa, para verificação posterior do pagamento da diferença de alíquotas pelo estabelecimento destinatário, no prazo do art. 131, inciso V, tratando-se de bem do ativo imobilizado, bem de uso ou material de consumo destinado a empresa de construção civil indevidamente inscrita na condição de contribuinte especial em vez de na condição de contribuinte normal.

Entretanto, as mesmas informações cadastrais, atestam que o recorrido é inscrito no cadastro da SEFAZ, na condição de microempresa e, nesta condição, conforme bem pontuado pela Junta de Julgamento, *"existe previsão de dispensa do pagamento do imposto nas hipóteses especificadas no art. 7º do mesmo RICMS/97, dentre as quais se incluem o inciso IV, "c" e inciso V, conforme reproduzido abaixo:*

"Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

.....
IV - nas aquisições de bens do ativo permanente efetuadas por:

.....
c) transportadores que tenham optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, condicionado ao não-aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas;
.....

V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;"

Desta maneira, considero correta a Decisão recorrida e, em consequência, 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 interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **157065.0002/12-0**, lavrado contra **G.W.J. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS