

PROCESSO - A. I. N° 157065.0002/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G.W.J. SERVIÇOS CONSTRUÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1^a JJF n° 0227-01/12
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 02/05/2013

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 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 insubstinentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal - 1^a JJF em relação à Decisão proferida através do Acórdão n° 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 1^a JJF 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 insubstancial.

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.

Analizando 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