

PROCESSO - A. I. Nº 207103.0002/14-1
RECORRENTE - TIGRE S.A. – TUBOS E CONEXÕES
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0071-04/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 06/10/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0248-11/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDA INTERESTADUAL A NÃO CONTRIBUINTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes do ICMS, deve ser utilizada a alíquota interna. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$784.241,17, em razão de seis infrações, sendo objeto da lide tão somente a infração 2.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da Federação, utilizando alíquota interestadual. Lançado ICMS no valor de R\$395.924,49, mais multa de 60%. Consta que, ao efetuar vendas interestaduais de mercadorias para não contribuintes, foi aplicada a alíquota de 12% em vez de 17%.

Em Primeira Instância, os Ilustres Julgadores da 4ª JJF concluíram pela Procedência Parcial da infração 2 em razão do seguinte.

Na infração 2, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS, no valor de R\$395.924,49, em razão de vendas de mercadorias a não contribuintes o imposto, localizados em outras unidades da Federação, utilizando a alíquota interestadual.

Em sua defesa, o autuado contesta a exigência fiscal quanto às operações destinadas Sert Engenharia do Estado do Maranhão, Projeto Imobiliário, Jotanunes Construtora, Construtora Celi e Consorciados Empresar, pois possuem atestados de condição de contribuintes do ICMS, expedidos nos termos do Convênio ICMS 137/02.

Na informação fiscal, o autuante acata o argumento defensivo apenas quanto às empresas Consorciados Empresar, Jotanunes Construtora e Construtora Celi, tendo em vista que apresentaram atestado de condição de contribuinte do ICMS, conforme prevê o parágrafo primeiro da cláusula primeira do Convênio ICMS 137/02. Assim, rejez a apuração do imposto devido na infração 2, conforme o demonstrativo de fls. 1501 a 1509.

Acato as exclusões efetuadas pelo autuante na informação fiscal, uma vez que o defendente apresentou o documento previsto no Convênio ICMS 137/02, que autorizava a utilização da alíquota interestadual nas operações em comento. Além disso, ressalto que essas exclusões foram efetuadas pelo próprio autuante, auditor fiscal que efetuou o lançamento tributário de ofício.

Quanto às operações de saídas destinadas à empresa Projeto Imobiliário, após os pronunciamentos do autuante, o defendente trouxe ao processo dois atestados de condição de contribuinte do ICMS, emitidos pela Secretaria de Fazenda do Estado de Alagoas em 10 de junho de 2011 e 02 de julho de 2012.

Considerando que esses atestados atendem ao quanto previsto no parágrafo primeiro da cláusula primeira do Convênio ICMS 137/02, partindo do demonstrativo apresentado na informação fiscal (fls. 1501 a 1509), excluo da infração 2 os seguintes valores referentes a operações destinadas à empresa Projetos Imobiliário:

- mês de ocorrência de março de 2012: R\$ 976,70, referente a Nota Fiscal nº 117130;

- mês de ocorrência de dezembro de 2012: R\$3.851,11 (R\$1.238,92 + R\$2.137,36 + R\$92,40 + R\$ 118,65 + R\$

14,96 + R\$ 248,82), referente às Notas Fiscais nºs 123907, 124156, 124155, 124996, 125546 e 126386.

O autuado impugna a exigência fiscal quanto às remessas destinadas à Construtora Moura Dubeux e à Construtora Penedo, sob o argumento de que essas operações possuíam redução de base de cálculo, prevista no art. 266, I, “b”, do RICMS-BA/12, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

I - das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

b) relacionados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 5,60 % (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento), exceto nas saídas interestaduais destinadas a contribuinte, cuja redução será de forma que a carga tributária seja equivalente a 7,0 % (sete por cento);

As operações destinadas a essas construtoras são as relacionadas nas Notas Fiscais nºs 144464, 145859 e 145898 (fls. 1053 a 1056). Examinado essas notas fiscais, constata-se que: os produtos ali consignados estão elencados no item “10.3” do Anexo II do Convênio ICMS 52/01; no campo “Dados Adicionais” consta que a base de cálculo do imposto foi reduzida em conformidade com o art. 266, I, “b”, do RICMS-BA/12; o imposto foi destacado de forma que a carga tributária equivalhesse a 7,0%.

Considerando que a Construtora Moura Dubeux estava com a sua inscrição cadastral baixada, conforme comprova o documento anexado pelo autuante à fl. 1031, a remessa para essa empresa equivale a uma operação destinada a um não contribuinte do ICMS e, portanto, nos termos do art. 266, I, “b”, do RICMS-BA/12, faz jus a uma redução de base de cálculo.

A Construtora Penedo tem como atividade econômica a “Construção de Edifícios” (fl. 545) e, conforme foi dito pelo próprio autuante na informação fiscal, não apresentou comprovante de que era contribuinte do ICMS. Dessa forma, por expressa determinação do art. 266, I, “b”, do RICMS-BA/12, as remessas para essa empresa também faziam jus a redução de base de cálculo.

O não fornecimento do documento previsto no parágrafo primeiro da cláusula primeira do Convênio ICMS 137/02 não obsta a aplicação do disposto no art. 266, I, “b”, do RICMS-BA/12, pois: enquanto o primeiro diploma normativo considera a situação cadastral do estabelecimento destinatário para a aplicação da alíquota cabível; o segundo toma por base o produto comercializado para determinar a carga tributária da operação. São, portanto, normas distintas que se complementam de forma harmônica.

Em face ao acima exposto, partindo do demonstrativo apresentado na informação fiscal (fls. 1501 a 1509), excluo da infração 2 os seguintes valores:

mês de ocorrência de novembro de 2012: R\$201,71, referente a Nota Fiscal nº 144464, destinada à Construtora Moura Dubeux;

mês de ocorrência de dezembro de 2012: R\$159,48 (R\$89,48 + R\$ 70,00), referente às Notas Fiscais nºs 145859 e 145898, destinadas à Construtora Penedo.

Quanto às remessas para a COMPESA – Companhia Pernambucana de Saneamento, observo que os extratos do SINTEGRA, anexados pelo autuante à fl. 533, e da Secretaria de Fazenda do Estado de Pernambuco, juntado pelo defendente às fls. 1478 e 1479, comprovam que a COMPESA tem como atividade econômica a “Captação, Tratamento e Distribuição de Água”.

O defendente argumenta que no seu comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (fl. 1519) consta, com atividade econômica secundária, o comércio varejista de outros produtos não especificados. Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a infração, pois ao se examinar as “Ordens de Compras” emitidas pela COMPESA, trazidas aos autos na defesa, constata-se que nelas não há compras destinadas a revenda, mas sim aquisições para serem aplicadas em obras de municípios pernambucanos (fls.1230, 1234, 1240, 1259, etc.), para suprir as necessidades de consumo do estabelecimento autuado (fls. 1246) e para reposição de estoque de centro de distribuição do defendente (fls. 1284, 1285, 1292, 1317, etc.).

Os argumentos defensivos atinentes ao Pregão Eletrônico 037/2011 não possuem o condão de modificar o disposto na legislação tributária do Estado da Bahia. As imposições contidas no edital do leilão não são elementos capazes de alterar a natureza do serviço prestado pela COMPESA – a “Captação, Tratamento e Distribuição de Água”, bem como não podem ser opostas ao fisco baiano visando modificar a situação cadastral das partes envolvidas.

Ressalto que, conforme consta no corpo do Auto de Infração, em operações interestaduais destinadas a outras empresas de captação, tratamento e distribuição de água, a exemplo da COPASA - Companhia de Saneamento de Minas Gerais, Companhia de Água de Itapema - SC e SAAE de Alagoas, o autuado corretamente aplicou a alíquota interna de 17%. Esse fato corrobora o entendimento de que as empresas de captação, tratamento e distribuição de água não são contribuintes do ICMS.

Em face ao acima delineado, mantenho inalterada a ação fiscal quanto às operações de saídas de produtos para a COMPESA – Companhia Pernambucana de Saneamento.

Dessa forma, após as exclusões referentes às operações destinadas às empresas Projeto Imobiliário, Construtora Moura Dubeux e Construtora Penedo, bem como as exclusões efetuadas pelo autuante na informação fiscal, a infração 2 subsiste parcialmente, no valor de R\$362.939,71, ficando o demonstrativo de débito dessa infração da seguinte forma:

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>Auto de Infração (fls. 3/4)</i>	<i>Informação Fiscal (fls. 1501/1509)</i>	<i>ICMS Devido Após Julgamento</i>
28/02/2011	421,84	421,84	421,84
31/03/2011	8.528,84	8.528,84	8.528,84
30/04/2011	1.872,71	1.872,71	1.872,71
31/05/2011	956,58	956,58	956,58
30/06/2011	1.177,59	1.177,59	1.177,59
31/07/2011	2.333,93	2.333,93	2.333,93
31/08/2011	496,26	496,26	496,26
30/09/2011	15.060,13	15.060,13	15.060,13
31/10/2011	23.845,95	23.845,95	23.845,95
30/11/2011	2.901,28	2.901,28	2.901,28
31/12/2011	1.033,72	1.033,72	1.033,72
31/01/2012	174,97	174,97	174,97
29/02/2012	22.167,67	22.167,67	22.167,67
31/03/2012	7.835,55	7.835,55	6.858,85
30/04/2012	7.299,88	7.299,88	7.299,88
31/05/2012	4.579,68	4.579,68	728,57
30/06/2012	64.328,07	58.393,52	58.393,52
31/07/2012	18.509,75	13.048,88	13.048,88
31/08/2012	82.025,27	71.425,66	71.425,66
30/09/2012	27.477,41	27.145,81	27.145,81
31/10/2012	48.024,44	46.289,06	46.289,06
30/11/2012	52.859,12	49.900,33	49.698,62
31/12/2012	2.013,85	1.238,87	1.079,39
TOTAL	395.924,49	368.128,71	362.939,71

Por fim, no que tange à solicitação defensiva para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome do Dr. Maurício Zockun (OAB/SP 156.594), nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$751.256,39, sendo as infrações 1, 3, 4, 5 e 6 procedentes e a infração 2 procedente em parte, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Aduz que a COMPESA é contribuinte do ICMS, razão por que a remessa de mercadorias para essa empresa deve ser tributada à alíquota interestadual.

Com efeito, além de possuir como atividade precípua a “captação, tratamento e distribuição de água”, a COMPESA possui como atividade secundária o “Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente”. E isso, por si só, já afasta qualquer espécie de dúvida no sentido de que essa companhia é contribuinte do ICMS, nos termos do art. 4º da Lei complementar 87/96.

Ademais, o Recorrente remeteu à COMPESA as mercadorias objeto das operações autuadas por ter se sagrado vencedora do Pregão eletrônico 037/2011, promovido por aquela companhia (doc. 9, juntado com a impugnação). E, conforme se depreende do Item 11.10 e do Anexo VIII do Edital do referido pregão (doc. 10, juntado com a impugnação), competia ao sistema da COMPESA calcular o ICMS incidente sobre as operações licitadas, eis que “...cabe à COMPESA a responsabilidade pelo pagamento do diferencial de ICMS para o Estado de destino, seja ele: PE”.

Vê-se, portanto, que a COMPESA consignou expressamente que é contribuinte do ICMS, pois é sabido e ressabido que o diferencial do ICMS é devido ao Estado de destino nas operações interestaduais de remessa de mercadorias para o consumo de contribuinte do ICMS. Patente,

portanto, o desacerto da autuação, pois o Recorrente agiu com acerto ao recolher o ICMS à alíquota interestadual.

Segundo porque, ao contrário do assinalado pelo acórdão recorrido, o fato de a COMPESA ter adquirido as mercadorias objeto das operações autuadas para o seu consumo final não ensejam a tributação dessas operações pela alíquota interna do ICMS.

Deveras, é sabido e ressabido que, à luz do art. 155, §2º, VII e VIII da Constituição da República (na redação vigente à época da realização das operações – antes, portanto, da edição da EC 87/15), o ICMS incidente sobre as operações de saída de mercadorias para o consumo final de contribuinte do ICMS é devido (i) à alíquota interestadual para o Estado de origem (no caso concreto, o Estado da Bahia); e (ii) à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, ao Estado de destino (na hipótese, o Estado de Pernambuco).

De outra banda, se se tratar da saída de mercadorias para o consumo final de estabelecimento não-contribuinte do ICMS, esse imposto será devido integralmente ao Estado de origem, à alíquota interna.

Vê-se, portanto, que o que define o quantum do ICMS que será devido ao Estado de origem e ao Estado de destino é a natureza do estabelecimento de destino (se contribuinte ou não do ICMS), e não a finalidade da operação (que é a mesma em ambas as hipóteses). E o destinatário será contribuinte do ICMS acaso uma das atividades por ele desempenhada esteja sujeita à incidência desse imposto, não sendo cambiável essa natureza a cada operação.

Daí porque, se não se tergiversa que a COMPESA é contribuinte do ICMS – seja em razão de suas atividades ou conforme é por ela mesmo declarado – é patente a improcedência da autuação.

Terceiro porque, sem prejuízo disso, a COMPESA impôs aos licitantes situados fora do Estado de Pernambuco a adoção da alíquota interestadual nas operações objeto daquele pregão (há inclusive tabelas com a relação das alíquotas interestaduais constantes do Anexo VIII do Edital), pois o próprio sistema da COMPESA calculava o ICMS devido para fins de julgamento das propostas.

Logo, a participação nos sobreditos certames estava condicionada à adoção da alíquota interestadual nas propostas apresentadas. E, uma vez declarada vencedora a proposta do Recorrente e celebrado o contrato administrativo, o Recorrente está obrigada a adotar a referida alíquota.

Aliás, se a ordem jurídica prevê que os atos administrativos gozam de presunção de existência e validade (legitimidade), não seria dado à Recorrente presumir justamente o inverso. Ou seja, presumir a invalidade da determinação da COMPESA para que fosse adotada a alíquota interestadual, se o ente para tanto (Poder Judiciário) não o fez.

Quer-se com isso dizer que o Recorrente tributou as operações autuadas à alíquota interestadual tendo em vista ditame jurídico universalmente aceito: atos emanados do Poder Público gozam de presunção e validade.

E isso impede que a fiscalização estadual cobre do Recorrente o ICMS incidente sobre as referidas operações à alíquota interna. Além dos primados da presunção de validade dos atos estatais, da boa-fé e da segurança jurídica, essa pretensão afronta o princípio da Separação dos Poderes, pois a Administração tributária baiana não poderia, sem se socorrer do Poder Judiciário, presumir que o Edital do Pregão eletrônico 037/2011 é inválido e exigir, do Recorrente, o ICMS à alíquota interna. E isso, evidentemente, é oponível ao Estado da Bahia.

Trata-se de mais um capítulo da famigerada “Guerra fiscal”, em que a fiscalização estadual se volta contra o contribuinte, ao invés de buscar a reparação do seu prejuízo contra aquele que lhe deu causa. E, neste caso, não há qualquer espécie de dúvida de que o Recorrente estava de mãos atadas, pois ela não poderia sequer participar do sobredito certame licitatório acaso se insurgisse contra a determinação da COMPESA para que fosse adotada a alíquota interestadual (eis que,

insiste-se, a própria COMPESA declarou ser contribuinte do ICMS).

Registre-se, por fim, que o Recorrente tributou as operações de saída de mercadorias à COPASA e SAAE à alíquota interna porque elas, à luz de suas atividades, não são contribuintes do ICMS. Situação distinta se opera com relação à COMPESA, conforme se verificou, sendo flagrantemente incabível a analogia empreendida pela fiscalização e pelo acórdão recorrido.

Flagrante, portanto, o desacerto da infração 2 com relação às operações de venda de mercadorias à COMPESA.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Observa que a infração está claramente descrita e tipificada na legislação tributária, atendendo aos pressupostos do art. 39 do RPAF, tendo sido, portanto, observados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Aduz que os argumentos do recorrente já apreciados e afastados pela Decisão de primeira instância, pois restou patente que o Recorrente se utilizou indevidamente de crédito fiscal, pois aplicou a alíquota de 7% [12%] nas operações interestaduais de vendas para a COMPESA, violando os termos do art. 15, I, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Observa que a COMPESA não realiza operações de compras com fim de comercialização, mas, sim aquisição para aplicação em obras de Municípios do Estado de Pernambuco, bem como suprir as necessidades de consumo do estabelecimento e reposição de estoques do centro de distribuição do autuado.

Frisa que em que pese a COMPESA ter como atividade secundária o comércio varejista de outros produtos não especificados, os documentos de fls. 1.284, 1.285, 1.292 e 1.317, e demais extratos do SINTEGRA (fl. 533) comprovam que a natureza do serviço prestado pela COMPESA consiste na captação, tratamento e distribuição de água e não nas operações de aquisições de mercadoria com fins de mercancia.

VOTO

Observo que o cerne da lide está em analisar a condição da COMPESA nas aquisições interestaduais das mercadorias vendidas pelo Recorrente, pois, caso a COMPESA seja considerada contribuinte do ICMS, as vendas realizadas estão sujeitas à alíquota interestadual e, portanto, seria im procedente a presente autuação fiscal.

Todavia, caso a COMPESA não seja considerada contribuinte do ICMS, as vendas interestaduais realizadas pelo Recorrente deveriam ter sido tributadas pela alíquota interna e restariam incólumes as exigências contidas na autuação fiscal.

Vejo que a prova dos autos indica que a COMPESA adquiriu mercadorias a serem utilizadas na sua atividade de Captação, Tratamento e Distribuição de Água, fato incontroverso. Tal atividade não está sujeita à incidência do ICMS, conforme jurisprudência pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador. 1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS. 2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização. 3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. 4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 607056, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013)

Portanto, a empresa COMPESA adquire tais mercadorias na qualidade de consumidor final, e não

na qualidade de contribuinte do ICMS, ou seja, tais mercadorias não serão objeto de subsequente operação de circulação de mercadoria que justifique a aplicação da alíquota interestadual, sendo utilizadas no exercício da sua atividade. Conforme observou a Decisão de primeira instância: *“ao se examinar as “Ordens de Compras” emitidas pela COMPESA, trazidas aos autos na defesa, constata-se que nelas não há compras destinadas a revenda, mas sim aquisições para serem aplicadas em obras de municípios pernambucanos (fls.1230, 1234, 1240, 1259, etc.), para suprir as necessidades de consumo do estabelecimento autuado (fls. 1246) e para reposição de estoque de centro de distribuição do dependente (fls. 1284, 1285, 1292, 1317, etc.).*

Fazendo-se uma analogia com a atividade de construção civil, há de se observar que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que as construtoras que aplicam mercadorias em suas obras não podem ser consideradas como contribuintes do ICMS.

TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME ESPECIAL. VALIDADE. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EXIGIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica quanto à possibilidade de inclusão de contribuintes em regime especial de tributação, previsto pela lei local, por conta de infração da legislação tributária.
2. É válida a exigência do diferencial entre a alíquota interestadual e a interna do ICMS, por ocasião da entrada da mercadoria no território do Estado de destino, conforme previsão em lei local. Precedentes do STJ.
3. Carece de fundamento legal o argumento de que o diferencial de alíquota somente seria devido em caso de aquisição por consumidor final. Para haver diferencial, basta que o adquirente seja contribuinte do ICMS e, portanto, sujeito à alíquota interestadual.
4. **O que se veda é a cobrança de diferencial no caso de aquisição por consumidor final que não é contribuinte do tributo estadual (ou seja, que não se sujeita à alíquota interestadual), como é o caso das construtoras que aplicam as mercadorias em suas obras. Não é a situação do Recorrente, que é contribuinte do ICMS e, portanto, sujeita-se à alíquota interestadual.**

5. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 31.456/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 01/07/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra v. Decisão que denegou segurança em ação mandamental relativa à isenção do ICMS movida pelo Recorrente.
2. **As empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercância diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.**
3. Há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que “as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual” (José Eduardo Soares de Melo, in “Construção Civil – ISS ou ICMS?”, in RDT 69, pg. 253, Malheiros).
4. **A aquisição de mercadorias por empresa prestadora de serviços de construção civil, com fim exclusivo de serem utilizadas em suas próprias obras, não está sujeita ao recolhimento do ICMS, mas, tão-somente, do ISS, sendo, portanto, indevida a cobrança de diferencial de alíquotas de ICMS de bens e insumos adquiridos em outros Estados da Federação, em consequência de operações interestaduais.**
5. Precedentes das egrégias 1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso provido.

(RMS 16.852/MT, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 198)

Em que pese constar, no cartão CNPJ, que a COMPESA tem como atividade secundária o comércio de mercadorias, não há provas do exercício da atividade mercantil pelo Recorrente, uma vez que a prova constante nos autos atesta que as mercadorias foram adquiridas para emprego na sua atividade de Captação, Tratamento e Distribuição de Água, portanto, não há que se falar em

aquisição de mercadorias por contribuinte do ICMS.

Quanto aos valores já recolhidos pelo contribuinte, estes serão homologados após o resultado do presente julgamento, uma vez que tais valores correspondem à parcela do Auto de Infração que restou reconhecida como procedente e que será extinta em razão do pagamento.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0002/14-1**, lavrado contra **TIGRE S.A. – TUBOS E CONEXÕES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$751.256,39**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a”, “f” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS