

A. I. N° - 232875.0004/14-2
AUTUADO - MCE ENGENHARIA S. A.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.11.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0189-05/15

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO E PARA INTEGRAÇÃO NO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Excluídas parcelas já recolhidas pelo sujeito passivo através de Denúncia Espontânea. Mantidas as demais parcelas. Inaplicável ao contribuinte que remete diretamente mercadorias para o canteiro de obras a regra de exceção da obrigatoriedade de pagamento do DIFAL. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 24/02/2015, para exigir ICMS no valor total de R\$ 427.569,40. A peça de lançamento contém a seguinte imputação:

Infração 01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Complementação de alíquota (3%) de aquisições interestaduais, promovidas por empresas de construção civil, mediante Termo de Acordo firmado com a SEFAZ. Exigência fiscal verificada nos meses de abril/2012 a outubro/2014, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

O lastro probatório do A.I. está contido nos demonstrativos apensados às fls. 5 a 144 do PAF.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração e ingressou com impugnação administrativa em 04/05/15, em petição subscrita por advogado com procuraçāo nos autos (doc. fl. 193).

Na peça de defesa (fls. 156/160), o contribuinte declara ser uma pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto social a execução e/ou manutenção de obras em edificações prediais, fábricas e indústrias, com fornecimento de mão de obra, assim como construção por conta de terceiros, de edifícios cíveis, industriais e comerciais.

Para a execução dos seus objetivos sociais, a impugnante adquiriu produtos provenientes de outro estado da federação, cujo trânsito acabou gerando a Fiscalização e a lavratura deste Auto de Infração por considerar a ocorrência da suposta infração:

Disse discordar da autuação imputada, visto que, ao enviar as mercadorias, a empresa remetente considerou a condição de Contribuinte Especial da peticionante por ser uma empresa de construção civil, na forma prevista nos artigos 484, 485 e 489 do RICMS/BA, abaixo transcritos.

Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos

cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput:

I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem.

Art. 489. A mercadoria adquirida de terceiro poderá ser remetida pelo fornecedor diretamente para a obra, desde que no documento conste a indicação expressa do local, dentro do Estado, onde será entregue a mercadoria.

Argumentou, ao contraditar o lançamento, que a MCE, ora autuada, está incluída no Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil previsto no Decreto nº 13.780/12, o qual lhe obriga a pagar o diferencial de alíquota (3%) sobre aquisição de mercadoria de fora do Estado.

Não obstante esta obrigação, a qual constitui a regra geral, há algumas exceções que excluem esta obrigatoriedade e também permite a remessa do material diretamente para a obra, desde que conste no documento fiscal a indicação expressa do local de entrega. Desta forma, não haveria o fato gerador para cobrança do diferencial de alíquota, conforme art. 489 do RICMS/BA supra transcrito.

Diante desta previsão legal, a MCE ao comprar mercadorias fora do Estado da Bahia, enviou as mesmas diretamente para obra dentro deste Estado, constando na Nota Fiscal o local de entrega, conforme determina a legislação, não havendo que se falar em recolhimento de ICMS diferencial de alíquota nestes casos.

Salientou que o diferencial de alíquota o qual estabelece o artigo 485 supra transcrito já foi recolhido no momento oportuno, conforme documentos em anexo (fl. 201).

Destacou que de acordo com as análises apresentadas pelo Auditor Fiscal, o mesmo determinou o valor a recolher demonstrado no Auto de Infração todas as Notas Fiscais de compra fora do Estado, excluindo apenas, as NF's de aquisição de fora do Estado com a alíquota cheia.

Esclareceu, mais à frente que:

- Foi realizada Denúncia Espontânea e pagamento de diferencial de alíquota de acordo com documento em anexo, e valor pago não foi considerado no Auto de Infração.
- As notas fiscais em que constam as informações do local de entrega da mercadoria dentro do mesmo Estado, foram incluídas para cálculo do ICMS diferencial de alíquota pelo Fiscal.

Que ao analisar tudo que foi dito acima, assim como os documentos anexados, é de se concluir que o Fisco Estadual equivocou-se no presente lançamento, ao desconsiderar as exceções previstas no RICMS/BA supra transcritas, as quais permitem a remessa do material diretamente para a obra, desde que conste no documento fiscal a indicação expressa do local de entrega não havendo o fato gerador para cobrança do diferencial de alíquota.

Em face das razões acima expendidas, a defendente requereu que a impugnação seja conhecida, para que o A.I. seja julgado improcedente, arquivando-se definitivamente a referida peça acusatória, visto que estaria comprovado o equívoco por parte do autuante quando desconsiderou a exceção prevista no art. 489 do RICMS/BA, assim como a inexistência do fato gerador do ICMS neste feito.

Requeru ainda, com base no art. 145 do RPAF e pelos fundamentos acima delineados, a realização de diligência, para que a partir do exame de sua contabilidade sejam comprovadas as alegações tecidas.

Prestada a informação fiscal, em 09/07/2015, anexada à fl. 206 do presente PAF. O autuante ao analisar os argumentos de defesa declarou que não assiste razão ao contribuinte quanto à arguição de excepcionalidade prevista no inc. I, do parágrafo único, do art. 485, do RICMS, que se refere tão somente às alíquotas internas e interestaduais. Enquanto o art. 489, em que se ampara a defesa prevê apenas o destino de entrega das mercadorias, sem estabelecer qualquer tratamento tributário diferenciado à operação, senão permitir que a mercadoria seja entregue diretamente no local da obra.

No tocante à denúncia espontânea alegada na peça defensiva, o autuante realizou uma nova análise do lançamento, expurgando do demonstrativo de débito as notas fiscais relacionadas com a referida denúncia e confeccionando nova planilha. Frente a essa situação o valor exigido nos exercícios de 2012 e 2013 foi reduzido, respectivamente, de R\$ 113.535,02 para R\$ 106.843,24 e de R\$ 118.599,67 para R\$ 102.316,88. Foi anexada na peça informativa, novos demonstrativos de débito, por período mensal (doc. fls. 232 a 273-A).

O sujeito passivo foi notificado do inteiro teor da revisão efetuada pelo autuante, conforme intimação juntada à fl. 275, sendo-lhe, naquela oportunidade, concedido prazo de 10 (dez) dias para manifestação nos autos.

O contribuinte, em nova petição acostada no processo (fls. 278/279), afirmou que não obstante a retificação dos valores lançados no A.I., revistos a partir da denúncia espontânea, reiterou os termos da inicial, quanto à excepcionalidade da sua situação cadastral e das operações com remessa direta para entrega nos locais das obras.

O autuante apresentou nova informação fiscal (fl. 284), ocasião em que ratificou o posicionamento já exposto na intervenção anterior, pedindo, ao final, que o A.I. seja julgado parcialmente procedente.

VOTO

No Auto de Infração em lide é reclamado ICMS que deixou de ser recolhido por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (DIFAL), na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Refere-se à complementação de alíquota (3%) nas aquisições interestaduais, promovidas por empresas de construção civil, mediante Termo de Acordo firmado com a SEFAZ e fundamento nas disposições contidas nos arts. 484 a 490 do RICMS/12.

O contribuinte, na fase de defesa, arguiu a exceção de exclusão da obrigatoriedade de pagamento do DIFAL, argumentando que efetuou diversas remessas de materiais adquiridos diretamente para a obra, com indicação expressa de entrega no local da execução dos serviços. Sustenta que não haveria fato gerador para cobrança do diferencial de alíquota, conforme art. 489 do RICMS/BA.

Reclamou também que não foi considerada pela fiscalização a Denúncia Espontânea de parte do ICMS lançado, de acordo com documento em anexo (fls. 201/201).

De fato não assiste razão ao contribuinte quanto à arguição de excepcionalidade prevista no inc. I, do parágrafo único, do art. 485, do RICMS, que se refere tão somente às alíquotas internas e interestaduais. O art. 489, em que se ampara a defesa prevê apenas o destino de entrega das mercadorias, sem estabelecer qualquer tratamento tributário diferenciado à operação, senão permitir que a mercadoria seja entregue diretamente no local da obra.

Vejamos a redação do dispositivo acima mencionado:

Art. 489. A mercadoria adquirida de terceiro poderá ser remetida pelo fornecedor diretamente para a obra, desde que no documento conste a indicação expressa do local, dentro do Estado, onde será entregue a mercadoria.

Por sua vez as disposições dos arts. 484 e 485 do RICMS/12 estabelecem a obrigatoriedade de pagamento do DIFAL pelas empresas de construção civil, sendo afastada pela norma

regulamentar essa exigência tão somente nas situações descritas no art. 485, parágrafo único, incisos I e II, conforme abaixo:

Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

§ 1º Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção e reparo de estradas de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferiores e superiores de estradas;

III - construção e reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água e de saneamento;

V - execução de terraplenagem e de pavimentação em geral e de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica, hidrelétrica e termoelétrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem e construção de estruturas em geral;

VIII - execução de fundações.

§ 2º Equiparam-se à empresa de construção civil, para fins de adoção do regime simplificado de tributação de que trata este capítulo, a incorporadora imobiliária, o consórcio de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico com fins imobiliários, consórcio de construção civil e construção de condomínio que desenvolvam, conjunta ou isoladamente, atividade de construção civil.

Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput:

I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada, nos termos do § 2º do art. 486, adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem;

II - no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular.

As operações autuadas não se referem a aquisições originárias de outras unidades federadas com tributação à alíquota interna vigente no Estado de procedência das mercadorias ou bens, nem mesmo são operações de retorno de bens remetidos para canteiros de obras localizados em outros Estados.

Portanto, corretas as razões expendidas pelo autuante.

No tocante à denúncia espontânea alegada na peça defensiva, o autuante realizou uma nova análise do lançamento, expurgando do demonstrativo de débito as notas fiscais relacionadas com a referida denúncia e confeccionando nova planilha. Frente a essa situação o valor exigido nos exercícios de 2012 e 2013 foi reduzido, respectivamente, de R\$ 113.535,02 para R\$ 106.843,24 e de R\$ 118.599,67 para R\$ 102.316,88. Foram anexados na peça informativa, novos demonstrativos por período mensal (doc. fls. 232 a 273-A). Contudo, ficam excluídos dos demonstrativos os valores

correspondentes aos meses de novembro de 2012 e fevereiro de 2013 resultando para os exercícios de 2012 e 2013, respectivamente, os seguintes valores: R\$107.023,96 e R\$104.873,70.

Permanece inalterada a exigência fiscal em relação aos meses do exercício de 2014.

Frente ao acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232875.0004/14-2**, lavrado contra **MCE ENGENHARIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$407.359,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2015.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO– JULGADOR