

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0003/16-0
RECORRENTE - SZ CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCESSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0123-01/16
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/10/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0218-11/16

EMENTA: ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, MATERIAIS DE USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O autuado, voluntariamente, celebrou “Termo de Acordo - Construção Civil”, pelo qual optou pelo tratamento simplificado estabelecido no Capítulo XLIX do RICMS-BA/12, vigente à época dos atos infracionais, o qual consiste na aplicação do percentual de 3% (três por cento) nas aquisições interestaduais de mercadorias, materiais de uso ou consumo ou bens do ativo. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF nº 0123-01/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 04/02/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 72.562,03:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil.

Informa a descrição da infração que: “*a empresa é signatária do Termo de Acordo previsto no Cap. XLIX do RICMS/BA aprovado pelo Dec.13.780/12 e alterações posteriores, desde 01 de novembro o do exercício de 2012 (PROCESSO 174361/2012-2 e PARECER 24238/2012).*”

Após análise fiscal das NF-e interestaduais do período de vigência do T.A., as autoridades fiscais constataram a “*falta de recolhimento do ICMS dos meses de novembro e dezembro do exercício de 2012; dos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2013, dos meses de janeiro a dezembro de 2014 e dos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e de julho a dezembro do exercício de 2015, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO II-.*”.

A JJF apreciou a lide em 14/07/2016 e decidiu pela Procedência, em Decisão não unânime (fls. 85 a 88), nos termos a seguir reproduzidos “*ipsi literis*”:

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre a falta de recolhimento do ICMS devido pelo autuado, na condição de empresa de construção civil optante pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo imobilizado.

De início, cabe analisar as disposições regulamentares atinentes ao Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, no intuito de identificar em que consiste o referido Regime. Tais disposições se encontravam vigentes à época dos fatos infracionais imputados ao autuado no Capítulo XLIX do RICMS-BA/12, Dec. 13.780/12, precisamente, nos artigos 484 a 490.

Digo se encontravam vigentes, haja vista que o Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil produziu efeitos até 31/12/15, em face do advento do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, que passou a produzir efeitos a partir de 01/01/16.

O artigo 485 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelecia o seguinte:

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;

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

Verifica-se que referido tratamento tributário consistia na aplicação de um percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo.

Entretanto, não era aplicável 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; ou, no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular.

O artigo 490, §§ 1º e 2º, do RICMS/BA/12 estabelecia que:

Art. 490. Para obter inscrição no cadastro e adotar o regime simplificado de que trata este capítulo, a empresa de construção civil deverá celebrar termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização - DPF.

§ 1º No requerimento de solicitação de celebração do termo de acordo, o interessado deverá declarar sua condição de contribuinte do ICMS e comprometer-se ao cumprimento dos termos do regime simplificado.

§ 2º A Gerência de Comércio e Serviços - GECES deverá emitir Parecer opinativo sobre a regularidade fiscal do contribuinte previamente a celebração do termo de acordo e, após a celebração, acompanhar o seu fiel cumprimento.

Vê-se da leitura desse dispositivo regulamentar que a empresa de construção civil deveria declarar no requerimento de celebração do termo de acordo a sua condição de contribuinte do ICMS e comprometer-se ao cumprimento das condições estabelecidas no Regime Simplificado, para que, a partir daí, obtivesse inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS e adotasse o referido regime.

Portanto, não se trata de uma imposição, mas sim de uma manifestação voluntária de vontade do interessado em adotar o Regime Simplificado.

Obviamente que se o autuado se inscreveu é porque pretendeu fruir do Regime Simplificado por lhe ser mais benéfico nas aquisições interestaduais. Explico: nas aquisições interestaduais de mercadorias, materiais de uso ou consumo, ou bens do ativo imobilizado, a empresa de construção civil, na condição de prestadora de serviços, sofre a aplicação da alíquota interna vigente no Estado de origem e não a alíquota interestadual aplicável ao contribuinte do ICMS.

No momento em que celebra o “Termo de Acordo - Construção Civil”, para adoção do Regime Simplificado tem um tratamento tributário mais benéfico, haja vista que, conforme consignado linhas acima, o tratamento simplificado consiste na aplicação do percentual de 3% 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.

Significa dizer que a empresa de construção civil tem uma redução da carga tributária, haja vista que as suas aquisições interestaduais ocorrem com aplicação da alíquota interestadual – 7% ou 12%, a depender do Estado de origem – e realiza a complementação da diferença de alíquotas considerando o percentual de 3% em vez de 17% que é a alíquota interna no Estado da Bahia.

Precisamente, no presente caso, foi o que ocorreu. Ou seja, o autuado celebrou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, obteve a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, e realizou as suas aquisições de mercadorias, materiais de uso ou consumo, ou bens do ativo imobilizado, utilizando a alíquota interestadual, conforme apontado na autuação no Anexo II, fls. 16/17 dos autos, e planilhas de fls. 18 a 36 dos autos.

Ora, certamente que não pode ficar ao talante da empresa de construção civil fruir do tratamento tributário simplificado pelo qual voluntariamente optou e, ao mesmo tempo, alegar que não está obrigada ao pagamento do ICMS na forma prevista no referido regime, sob a alegação de que não se trata de contribuinte do ICMS, mas sim do ISS, tributo de competência municipal.

Admitir-se tal comportamento é permitir o enriquecimento sem causa do autuado, haja vista que as aquisições foram efetuadas com a alíquota interestadual e não interna do Estado de origem. Além disso, nessa situação, pode ocorrer a prática de concorrência desleal por parte do signatário do termo de acordo, na medida em que as empresas de construção civil concorrentes, optantes ou não pelo Regime Simplificado, estejam cumprindo regularmente as suas obrigações tributárias.

Importante observar que o próprio Regime Simplificado traz no seu bojo a sua inaplicabilidade, 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. 485, parágrafo único, I, do RICMS/BA/12).

Relevante registrar a existência de jurisprudência deste Conselho sobre a matéria, conforme os Acórdãos JJF Nº 0189-05/15 e CJF Nº 0077-12/16, cujas decisões apontaram no sentido de procedência da autuação.

Observo que a argumentação defensiva, inclusive a jurisprudência aduzida não elidem a autuação, em face de sua inaplicabilidade ao caso em tela.

Dianete do exposto, a autuação se apresenta correta, sendo subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o Recorrente apresentou Recurso (fls. 103 a 108), o qual reitera todos os termos da defesa apresentada (fls. 56 a 62), alegando, inicialmente, que a autuação fere os princípios normativos que regem a tributação, razão pela qual não pode subsistir.

Aduz que o entendimento de não tributação de ICMS às empresas de construção civil já se encontra pacificado nos Tribunais. Neste sentido, transcreve a Súmula nº 432. Discorre sobre a definição do ICMS invocando os termos do artigo 155 da Constituição Federal, assim como a Lei Complementar nº 87/93.

Assevera que, da análise dos dispositivos normativos aplicáveis, entende-se que as empresas de construção civil que adquirem materiais com a finalidade de empregá-los como insumos ou bens para o ativo permanente e não com o fito de comercializá-los, não são contribuintes do ICMS, mas sim do ISS.

Reitera que as empresas de construção civil, em regra, são contribuintes do ISS, não podendo ser compelidas ao recolhimento de ICMS exigido pelo Estado destinatário, quando adquirirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade fim.

Sustenta que a exigência do ICMS feita às construtoras, mesmo quando estas estão submetidas a regime simplificado de tributação, consiste em evidente invasão de competência dos Estados sobre os Municípios, não sendo possível admitir-se a interpretação de outro dispositivo da Constituição que implique invasão dessa competência pelos Estados.

Finaliza a peça recursal requerendo a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente visando modificar a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração.

As razões alegadas em sede recursal reiteram a defesa apresentada pelo contribuinte, o qual afirma que, com base no entendimento sumulado pelo STJ, as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (Súmula nº 432).

Ademais, alega ser devido ISS e não ICMS, já que as empresas de construção civil, ao comprar bens que serão usados em suas obras, caracterizam uma atividade de prestação de serviços, por sua vez, sendo fato gerador do ISS.

Na informação fiscal (fls. 77 a 79), a autuante informa que a empresa em nenhum momento contestou os valores reclamados, rebatendo, tão somente, a sua condição de não contribuinte do ICMS, mesmo tendo aderido ao Termo de Acordo – Empresa de Construção Civil, previsto no

Decreto nº 13.788/12, tendo sido deferido o seu pedido em Parecer nº 24238/2012, em setembro do exercício de 2012.

O regime simplificado de tributação para empresas de construção civil, o qual é o recorrente signatário, à época dos fatos geradores, estava previsto no art. 485 do RICMS/97, incidindo o percentual de 3% (três por cento) sobre o valor das aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, conforme dispõe a norma regulamentar:

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

Assim, verifica-se que é devido o imposto sobre a entrada efetuada por empresa de construção civil nas operações interestaduais de mercadorias interestaduais destinadas em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Não podemos olvidar que o Recorrente celebrou, de forma espontânea, o Termo de Acordo junto à SEFAZ, comprometendo-se a cumprir os Termos do Regime Simplificado, previstos no Capítulo XLIX do RICMS/BA, e os artigos 484 a 490, vigentes à época.

Porém, em sua defesa, alega o Recorrente ser devido o ISS e estar aparado pela Súmula nº 432 do STJ, tentando eximir-se da responsabilidade de cumprir o que fora acordado com a Administração Fazendária. Importante salientar que a Súmula nº 432 não se aplica ao caso em apreço, já que o dispositivo sumular é claro ao tratar de “insumos”, o que não é o caso das mercadorias objeto do Auto de Infração, conforme consta no demonstrativo carreado aos autos (fls. 18 a 36).

Como bem disse o julgador de primeira instância: “*Admitir-se tal comportamento é permitir o enriquecimento sem causa do autuado, haja vista que as aquisições foram efetuadas com a alíquota interestadual e não interna do Estado de origem. Além disso, nessa situação, pode ocorrer a prática de concorrência desleal por parte do signatário do termo de acordo, na medida em que as empresas de construção civil concorrentes, optantes ou não pelo Regime Simplificado, estejam cumprindo regularmente as suas obrigações tributárias*”.

Ademais, é esse o entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria. Vejamos o Parecer/GECOT nº 6734/2013 de 22/03/2013, o qual elucida, de forma esclarecedora, o tema em questão:

“ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. Os contribuintes que possuem termo de acordo deverão aplicar o percentual de 3%, com os acréscimos previstos, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundos de outros Estados, independente da forma de apuração do remetente. Art. 485 do RICMS/12. O Consulente, inscrito como normal, apurando o imposto pelo simplificado previsto para as empresas de construção civil, atuando na perfuração e construção de poços de água, CNAE 4399105, formaliza consulta a esta Administração Tributária, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/Ba, Decreto nº 7.629/99. A consulente indaga se deve ser feito o cálculo de 3% nas aquisições interestaduais oriundas de empresas optantes pelo Simples Nacional e em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

RESPOSTA: De acordo com RICMS/12, em seu art. 485, o tratamento simplificado para empresas de construção civil prevê a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições, em outros Estados, de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, com acréscimo dos valores referentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, não sendo admitida a utilização de quaisquer créditos fiscais. O referido tratamento não será aplicado apenas na hipótese de aquisição com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem da mercadoria e no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras do próprio contribuinte, localizado em outro Estado. Dessa forma, as empresas de construção civil que possuem o termo de acordo para adoção do tratamento simplificado, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundas de outros Estados, independente de se tratar de remetente que apure pelo regime normal ou pelo Simples Nacional, deverão proceder de acordo com o regramento mencionado, ou seja, deverão recolher 3% do valor da operação, com os acréscimos previstos. Ressalte-se que o remetente poderá ser dispensado da retenção do ICMS substituição tributária, quando o acordo interestadual ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE

FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO JJF Nº 0163-03.16 8 permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme estabelece o inciso IV do art.487 do RICMS/12". (grifo nosso).

Assim sendo, por todo o exposto, não acolho as pretensões trazidas pelo Recorrente, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207668.0003/16-0, lavrado contra a SZ CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$72.562,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de Setembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE/RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS