

A. I. Nº - 207668.0005/15-4
AUTUADO - ACF - EMPRESA DE ENGENHARIA E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.05.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0004-06/16

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. TRATAMENTO SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO. Obrigatoriedade de pagamento do ICMS pelas empresas de construção civil, signatárias do Termo de Acordo para adoção do tratamento simplificado de tributação “*nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo*”. Excluídas parcelas já recolhidas pelo sujeito passivo através de parcelamento anterior. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 07/08/2015, para exigir ICMS no valor de R\$37.372,51, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de que o autuado deixou de recolher 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, signatária do Termo de Acordo previsto no capítulo XLIX do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e alterações posteriores, desde 06 de março de 2013, inerentes aos meses de março a novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014, consoante demonstrativos às fls. 15 a 70 dos autos.

O autuado ingressa com sua defesa administrativa, às fls. 78 a 98 dos autos, na qual aduz que, à época da autuação, já se encontrava com sua inscrição baixada, tendo, para tanto, se submetido a detida apuração fiscal, confessando créditos fiscais que são objeto de parcelamento, o que não foi considerado na presente autuação que lançou mesmas bases ora parceladas, sendo certo que aquelas não confessadas se referem a insumos e não a material de uso e consumo ou do ativo, do que defende a improcedência do lançamento de ofício.

Esclarece que em virtude de contrato firmado com a Petrobrás se viu obrigado a possuir inscrição junto à Fazenda Estadual da Bahia, oportunidade que firmou Termo de Acordo para adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, conforme previsto no Decreto nº 13.780/12, em seu capítulo XLIX, exclusivamente para as suas atividades econômicas de natureza secundária, relativas a instalação e manutenção elétrica e instalações hidráulicas, sanitárias e de gás, contempladas no § 1º do art. 484 e 485 do RICMS.

Salienta que, de acordo com a Súmula nº 432 do STJ, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS quando adquirirem mercadorias em outros Estados e utilizam-nas como insumos em suas obras. Porém, apesar das decisões judiciais das Cortes Superiores, as autoridades fiscais, em face da referida legislação obriga as empresas de construção civil a optarem pela sistemática simplificada de tributação de que trata o referido Decreto, sob pena de terem sua inscrição cancelada, violando o direito líquido e certo do defendente.

Reitera que adquiriu, na condição de empresa do ramo de construção civil, tais produtos para atender obras contratadas com terceiros, cuja responsabilidade pela emissão do documento fiscal é do seu fornecedor e, também, por este motivo, não pode ser responsabilizado por erro, se existente, que o emitente tenha cometido, quando da aquisição de mercadoria no comércio tanto estadual quanto interestadual, razão de requerer a improcedência do trabalho fiscal.

Cita, por amostragem, algumas notas fiscais, a exemplo das: Nota Fiscal nº 1152, relativa a aquisição de mangueira corrugada ¾ e caixa 4x2; Nota Fiscal nº 1154, que se refere a aquisição de caixas d'água, tubos de esgoto, tubos soldáveis, T de esgoto, joelhos, registro de esferas, adaptadores, redução soldável, boias ecológicas, luvas soldáveis, todos insumos, portanto não tributáveis pelo ICMS, do que reitera que as empresas de construção civil não são consideradas contribuintes, ainda que possuam inscrição cadastral e, em consequência, não estão sujeitas ao recolhimento da diferença de alíquotas interestaduais e interna, por operações interestaduais de aquisição de bens e serviços, posto não se enquadrarem na categoria de consumidores finais, nem tampouco contribuinte permanente do tributo, pressupostos basilares à exigência da mencionada diferença, pois, somente as mercadorias produzidas pela construtora fora do local da prestação do serviço é que se sujeitam ao ICMS (hipótese excepcional prevista no item 7.02, da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03).

Em seguida, diz que, ao proceder a baixa de sua inscrição estadual, submeteu-se a detida inspeção pelo Fisco, efetuando parcelamento anterior dos débitos encontrados, sobre as mesmas notas fiscais objeto da presente autuação, não restando alternativa senão o julgamento do lançamento de ofício pela improcedência.

Observa que a jurisprudência do STF entende pela não incidência do diferencial de alíquota do ICMS, no caso de empresas de construção civil que adquirem material em outros Estados e o utiliza como insumo em suas obras. Ademais, em face dos fatos demonstrados, inexistente motivação para a aplicação de multa tão gravosa e confiscatória à empresa que sempre agiu de acordo com o previsto nas legislações em vigor, ainda mais neste caso onde inexistente prejuízo ao fisco haja vista que em nenhum momento o autuado deixou de cumprir com as suas obrigações para com o pagamento do imposto, tendo aderido a parcelamento fiscal mesmo quando as mercadorias adquiridas serviam de insumos.

Por fim, requer a realização de prova pericial ou revisão fiscal, nos termos do art. 145 do RPAF/99, sob pena de cerceamento da ampla defesa e, em consequência, ocasionar a nulidade da ação fiscal, conforme previsto no art. 18, IV, do RPAF/97; como também lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas, requerendo, de logo, a juntada posterior de documentos, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas, julgando improcedente o Auto de Infração, do que como prova de suas alegações, anexa documento às fls. 115 a 150 dos autos.

Na informação fiscal, de fls. 153 a 157 dos autos, a autuante afirma ser descabida a alegação do defendente de que foi obrigado a assinar o Termo de Acordo, sob pena de cancelamento da inscrição estadual, pois nenhuma empresa de construção civil foi obrigada a optar pela sistemática simplificada de tributação prevista no Decreto nº 13.780/12.

Quanto à alegação de haver parcelamento referente às notas fiscais exigidas, a autuante acata em parte, retirando dos levantamentos do exercício de 2013, as entradas que, comprovadamente, foram objeto do parcelamento decorrentes de fiscalização anteriores, reduzindo para R\$30.236,99 o valor total da infração, conforme demonstra às fls. 159 a 212 dos autos.

Quanto à arguição de caráter confiscatório das multa aplicada, a autuante entende insubsistente, pois decorre de expressa previsão legal, não sendo matéria de discussão no âmbito administrativo.

Requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Intimado, às fls. 218 e 219 dos autos, para tomar conhecimento da informação fiscal, com fornecimento de cópia dos novos demonstrativos, o sujeito passivo mantém-se silente.

VOTO

No Auto de Infração em lide é reclamado ICMS que deixou de ser recolhido relativo à aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, inerente à aplicação do percentual de 3% nas aquisições interestaduais, promovidas por empresas de construção civil, conforme Termo de Acordo firmado com a SEFAZ

e fundamento nas disposições contidas nos arts. 484 a 490 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, vigente à época.

O contribuinte, em sua defesa, arguiu que já havia parcelado algumas operações exigidas na autuação e que aquelas não confessadas se referem a insumos utilizados na sua atividade e não a material de uso e consumo ou do ativo, do que defende a improcedência do lançamento de ofício.

Salienta que as empresas de construção civil não são consideradas contribuintes, ainda que possuam inscrição cadastral e, em consequência, não estão sujeitas ao recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisição de bens e serviços, posto não se enquadrarem na categoria de consumidores finais, nem tampouco contribuinte permanente do tributo, pois, somente as mercadorias produzidas pela construtora fora do local da prestação do serviço é que se sujeitam ao ICMS.

Da análise das peças processuais, inicialmente, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, uma vez que a infração foi devidamente tipificada e documentada.

O fato de o julgador indeferir o pedido para realização de diligência/perícia, por considerá-lo, nos termos do art. 147 do RPAF, suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, e se o indeferimento, conforme ocorre no caso concreto, for seguido pelos demais membros do colegiado, não ensejará cerceamento ao direito de defesa, como alega o defendente.

Quanto às razões de mérito, há de registrar que o próprio sujeito passivo aduz ter firmado Termo de Acordo para adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, conforme previsto nos artigos 484 e 485 do RICMS/12, os quais estabelecem a obrigatoriedade de pagamento do ICMS pelas empresas de construção civil “nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo”, sendo afastada pela norma regulamentar essa exigência tão somente nas situações descritas no art. 485, parágrafo único, incisos I e II, vigente à época dos fatos geradores 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.

Assim, como 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, são devidas as exigências fiscais compiladas no Auto de Infração, demonstradas às fls. 15 a 70 dos autos, por se tratarem de materiais de uso/consumo ou ativo, a exemplo de: papel, enxada, parafuso, vassoura, óculos de proteção, desodorante sanitário, furadeira, bota, mesa, cadeira, etc., cujas exações iniciais, no montante de R\$37.372,51, foram deduzidas das operações já oferecidas à tributação através de parcelamento, conforme alegado pelo defendente, às fls. 88 a 90 dos autos, e acolhido pela autuante em sua informação fiscal, restando o ICMS devido de R\$30.236,99, consoante demonstrado às fls. 159 a 212 dos autos, de cujo resultado foi cientificado o autuado que não se manifestou, o que segundo previsto no art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Assim, diante de tais considerações e das provas documentais trazidas aos autos, acolho o resultado apurado quando da informação fiscal, em razão das alegações de defesa.

Há de ressaltar que não se aplica, ao caso concreto, a alegação de defesa de que a jurisprudência do STF entende pela não incidência do diferencial de alíquota do ICMS às empresas de construção civil, pois, na verdade, a matéria em exame difere da exigência de “diferencial de alíquotas”, mas, sim, de adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, em consequência de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e a SEFAZ, cujo tratamento consiste na aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, inclusive de *mercadorias*, além de 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.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, há de se registrar que é a legalmente prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96 ao caso concreto, falecendo de competência à esta Junta de Julgamento Fiscal a análise de inconstitucionalidade da legislação, nos termos previstos no art. 125, I, do COTEB.

Do exposto, voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$30.236,99, conforme demonstrativo à fl. 159 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.0005/15-4**, lavrado contra **ACF - EMPRESA DE ENGENHARIA E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.236,99**, 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, 06 de maio de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA