

A. I. Nº - 207093.0009/15-2
AUTUADO - MD BA ILHA EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.03.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-04/16

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. Restou comprovado que o autuado firmou “Termo de Acordo - Construção Civil”, pelo qual optou pelo tratamento simplificado estabelecido no Capítulo XLIX do RICMS-BA/12, 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/15, exige ICMS no valor de R\$46.869,32, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo imobilizado, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil.

Complementando a acusação acima, consta que o lançamento se refere “*a cobrança das diferenças do ICMS apurado com alíquota de 3%, mediante normatização do termo de acordo, assinado entre a empresa e a Secretaria da Fazenda*”.

O autuado apresenta defesa (fls. 33 a 39) e, após transcrever o teor da acusação, afirma ser improcedente o crédito tributário que está sendo exigido, pois as empresas de construção civil são isentas de ICMS, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Transcreve o art. 155 da Constituição Federal e, em seguida, afirma que a Constituição Federal impõe dualidade de alíquotas em função de ser ou não o destinatário contribuinte do ICMS. Diz que, portanto, nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo, destinadas a consumidor final que seja contribuinte, o remetente deverá pagar ao Estado de origem o ICMS utilizando a alíquota interestadual, e o destinatário, para o Estado de destino, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Destaca que as empresas de construção civil, por serem em regra contribuintes do ISS, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, não estão obrigadas a pagar a diferença decorrente de alíquota maior do ICMS cobrada no Estado destinatário.

Ressalta que a questão da cobrança de ICMS nas operações interestaduais para empresas de construção civil resta pacificada no judiciário, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula 432, a qual prevê que “*as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais*”.

Afirma que a matéria foi decidida pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo) pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Aduz que o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou de forma reiterada pela não

incidência de ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil. Transcreve ementas de decisões proferidas por esses Egrégios Tribunais.

Sustenta que, conforme as citadas decisões judiciais, as empresas de construção civil - em regra, contribuintes do ISS -, ao adquirirem em outros Estados materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário. Isso porque os materiais adquiridos não consubstanciam nova mercadoria, mas sim um serviço prestado, que sofre integral tributação pelo ISSQN.

Diz que o “Fisco municipal” apresentou lançamento tributário equivocado, em vista ao entendimento sedimentado pela não incidência do ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresas de construção civil, sendo, portanto, improcedente o Auto de Infração ora impugnado.

Ao finalizar, requer o cancelamento do Auto de Infração e o arquivamento do processo administrativo fiscal.

Na informação fiscal, fls. 65 e 66, o autuante afirma que o argumento defensivo diz respeito exclusivamente ao entendimento do autuado de que não é contribuinte do imposto e a jurisprudência citada sobre a matéria.

Diz que o defendente parece desconhecer o próprio Termo de Acordo - Empresa de Construção Civil, que requereu em 16/08/12 e obteve deferimento em 14/09/12 (fl. 15).

Afirma que o impugnante acolheu os valores reclamados, rebatendo apenas a sua condição, procurando omitir-se do pleito obtido junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Ao finalizar, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme já relatado, o Auto de Infração em epígrafe trata da falta de recolhimento do ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo imobilizado, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, consoante demonstrativo de fls. 7 a 12 dos autos.

Em sua defesa, o autuado alegou que era contribuinte do ISS e que as aquisições interestaduais objeto da acusação fiscal se referem a materiais empregados em suas obras, portanto, desoneradas do pagamento de diferença de alíquotas.

Na informação fiscal, o autuante diz que a empresa acolheu os valores reclamados e rebate tão somente a sua condição de não contribuinte do ICMS, esquecendo-se que requereu o Termo de Acordo - Empresa de Construção Civil em 16/08/12 e que obteve o seu deferimento em 14/09/12.

Efetivamente, de acordo com o art. 3º, inc. XVI, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos, não era devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens ou mercadorias, por empresa prestadora de serviços, para aplicação na prestação de seus serviços. Contudo, o autuado firmou “Termo de Acordo - Construção Civil”, pelo qual optou pelo tratamento simplificado estabelecido no Capítulo XLIX do RICMS-BA/12 (Dec. 13.780/12), 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, acrescido dos valores de fretes, IPI e outros encargos cobrados ou debitados ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer outros créditos fiscais, nos termos do art. 485, cujo *caput* com a redação que vigeu até 31/12/15 transcrevo a seguir:

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

Considerando que o autuado celebrou Termo de Acórdão com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e que utilizou a alíquota interestadual nas aquisições relacionadas na autuação, foi

correto o posicionamento do autuante ao exigir o imposto devido mediante a aplicação do tratamento simplificado de tributação para as empresas de construção civil.

A não aplicação do referido tratamento simplificado ensejaria o enriquecimento sem causa do autuado, uma vez que as aquisições foram efetuadas com a alíquota interestadual. Assim, estaria o autuado praticando uma concorrência desleal com as demais empresas de construção civil que têm cumprido regularmente às suas obrigações.

Corroborando o posicionamento acima, transcrevo a seguir trecho do Parecer DITRI Nº 01606/2013 que respondeu consulta sobre a matéria em questão:

A Consulente inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado na condição de normal, que atua neste Estado na construção de edifícios e outras obras de construção civil, dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, no tocante ao tratamento tributário dispensado às aquisições de mercadorias para aplicação nas obras que realiza.

Nesse contexto, a Consulente informa que constrói, por administração ou por empreitada, imóveis residenciais e comerciais, para particulares e órgãos públicos, com fornecimento de materiais e mão-de-obra; bem como com fornecimento apenas de mão-de-obra, e indaga:

1. Nas aquisições interestaduais de materiais que serão empregados em suas obras, é devido o diferencial de alíquotas?

[...]

RESPOSTA Questão 01: Por executar a construção, demolição, reforma ou reparo de edificações, o contribuinte em epígrafe enquadra-se no regime simplificado de tributação de que trata o Capítulo XLIX do RICMS-BA/12 (Decreto 13.780/12), o qual, consoante o art. 485 do referido Regulamento, 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. Tem-se, portanto, que, nas aquisições interestaduais de materiais que serão empregados em suas obras, a Consulente deverá efetuar (através de DAE- Documento de Arrecadação Estadual) o recolhimento do diferencial de alíquotas mediante a aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Dessa forma, os argumentos e a jurisprudência trazidos na defesa não se mostram capazes de elidirem a autuação e, portanto, é devido o valor exigido no Auto de Infração, acompanhado da multa prevista na legislação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Discordo, com a devida vênia, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de julgar procedente o Auto de Infração:

Como bem observou o nobre Relator, de acordo com art. 3º, inc. XVI, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos, não era devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens ou mercadorias, por empresa serviços, para a aplicação na prestação de seus serviços, o que é o caso em questão, pois a autuada atua no ramo de construção civil, atividade esta enquadrada no item 7.01, da lista de serviços anexa a Lei Complementar nº 116/2003.

Por outro lado, o regime simplificado de tributação para empresas de construção civil, à época dos fatos geradores, estava previsto no art. 485 do RICMS/97, incidindo o percentual 3% (três por

cento) sobre o valor das aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo.

“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.”

Da leitura do dispositivo legal acima combinado com o art. 3º, inc. XVI, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96 entendo que somente deve ser exigido o recolhimento do imposto nas aquisições de mercadorias que efetivamente não foram utilizadas da atividade fim do contribuinte, ou seja, não foram empregadas como insumo nas obras que executam.

Da análise do demonstrativo que deu lastro a acusação fiscal, fls. 07/12, verifica-se que se trata, em sua grande maioria, de aquisições de bloco de gesso, interruptores, indicando que se trata de materiais utilizados na atividade fim do contribuinte, no caso construção civil, como alegado pelo sujeito passivo.

Assim, entendo que somente dever ser objeto de exigência fiscal às aquisições referentes a luvas, masseira, carro de transporte, fitas, funil abastecimento, desempenadeira, colher oval, serra diamantada, por se tratar de aquisições que se enquadram como material de uso ou consumo ou bens do imobilizado.

Do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 207093.0009/15-2**, lavrado contra **MD BA ILHA EMPREENDIMENTOS SPE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.869,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA (VOTO DIVERGENTE)

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA