

A. I. N° - 207668.0006/15-0
AUTUADO - MD BA DUBEUX EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.
AUTUANTES - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/03/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-03/16

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. É devido o imposto, no percentual de 3%, sobre as operações interestaduais realizadas por empresas de construção civil signatárias de Termo de Acordo com a SEFAZ/BA. Falta de Impugnação específica. Imposição estatal não relacionada com a cobrança do ICMS decorrente do diferencial das alíquotas interna e interestadual. Ausência de pertinência temática das alegações defensivas. Decisões judiciais inaplicáveis ao caso concreto. Falta de pertinência temática. Ausência de fato extintivo, modificativo ou impeditivo da acusação fiscal formulada. Art's. 484 ao 490 do Decreto nº 13.780/12 c/c art. 167, III, do RPAF/BA e art's. 140, 141 e 143, do RPAF/BA. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2015, exige ICMS, no valor de R\$61.769,23, acrescido de multa de 60%, em decorrência da imputação da Infração - 02.15.01- relativa à falta de recolhimento do 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, nos meses de ago/12 a nov/13; jan/14 a mai/14; jul/14 a out/14.

Complementa a autuante: “empresa signatária do Termo de Acordo previsto no Cap. XLIX do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12 e alterações posteriores, desde 14 de agosto de exercício de 2012. Após análise das NF-e interestaduais do período de vigência do T.A., constatamos a falta de recolhimento do ICMS dos meses de agosto a dezembro do exercício de 2012, de janeiro a novembro do exercício de 2013 e de janeiro a maio e julho a outubro do exercício de 2014, de acordo com Demonstrativos anexados ao PAF - Anexo II”.

O autuado apresenta impugnação tempestiva às fls. 45 a 51. Após resumir o fato imputado, expõe sua insurgência nos seguintes termos.

Afirma que o crédito tributário objeto do lançamento é manifestamente improcedente, uma vez que as Empresas de Construção Civil, conforme jurisprudência pacífica e sumulada do Superior Tribunal de Justiça são isentas de ICMS.

Transcreve o art. 155, inciso II, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, para demonstrar a dualidade de alíquotas em função de o destinatário ser ou não contribuinte do ICMS. Expõe que, nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo destinadas a consumidor final que seja contribuinte, o remetente deverá pagar ao seu Estado (de origem) o ICMS pela alíquota interestadual, e o destinatário, para o seu Estado (de destino), a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

No que diz respeito às empresas de construção civil por serem, em regra, contribuintes do ISSQN, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

Destaca que tal cobrança não é devida em virtude da edição da Súmula 432 pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, decorrente do Recurso Especial - REsp 1.135.489/AL, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo) pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcreve.

Neste sentido, colaciona, também, ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal - STF, para asseverar a não incidência do diferencial de alíquotas relativo ao ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresas da construção civil.

Assim, entende que não pode ser compelido ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário, pois os materiais adquiridos não consubstanciam nova mercadoria, mas, sim, serviço prestado, que sofre integral tributação pelo ISSQN e considera o lançamento tributário equivocado e, portanto, improcedente, tendo vista o entendimento sedimentado pela não incidência do ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresas de construção civil.

Suscita a procedência da impugnação, cancelamento do auto de infração e o arquivamento do processo administrativo tributário, além da posterior juntada do instrumento de procuração.

A autuante presta informação fiscal, fls. 120 a 122. Após resumir o teor do lançamento promovido e da peça defensiva, refuta os argumentos do sujeito passivo na forma a seguir delineada.

Assevera que o autuado solicitou o Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, previsto no Decreto nº 13.780/12, em julho de 2012, através do Processo nº 135576/2012-7, sendo analisado e deferido mediante Parecer nº 16915/2012 da DPF/SEFAZ. Assim, o impugnante usufrui dos benefícios do citado regime tributário nas suas aquisições interestaduais, conforme demonstrado nos levantamentos fiscais, fls. 19 a 35 do PAF, sem apresentar recolhimento no percentual de 3% sobre o valor das operações interestaduais, descumprindo e desrespeitando o Acordo Estadual celebrado, provocando concorrência desleal com outras do seu ramo que não possuem ou tiveram indeferido o referido acordo, além de causar prejuízos ao Erário Estadual.

Menciona que o lançamento promovido não está relacionado com a cobrança de diferencial de alíquota, mas, sim, de alíquota do ICMS.

Salienta, também, que, conforme previsto no art. 490, § 1º, do Decreto nº 13.780/12, que a empresa interessada deve declarar sua condição de contribuinte do ICMS e comprometer-se ao cumprimento dos termos do regime simplificado no requerimento de solicitação de celebração do Termo de Acordo.

Assim, por não ter sido apresentado, nem acrescentado fato para alterar os cálculos do levantamento da auditoria efetuada, reafirma na sua íntegra o auto de infração e pede a total procedência do feito.

VOTO

Inicialmente, verifico, no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, a identificação do sujeito passivo, as descrições das infrações, dos dispositivos da legislação tributária inerentes ao enquadramento e à tipificação da multa. Há indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, conforme art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, permitindo ao impugnante o exercício do seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata o presente PAF de lançamento para cobrança de ICMS nas operações interestaduais de entradas realizadas pelo autuado que possui atividades econômicas - Códigos nºs 4110700 e

4120400, *vide* fls. 82 e 83, enquadradas nas disposições contidas no art. 484, §1º, inciso I e §2º, do Decreto nº 13.780/12. Ademais, o sujeito passivo é signatário, desde 24/06/12, do Termo de Acordo para Empresa de Construção Civil, conforme fls. 78 a 80, com intuito de obter inscrição estadual e adotar tratamento simplificado de tributação do imposto estadual, inclusive, possuindo deferimento para adoção do citado tratamento tributário, através do Parecer SAT/DPF/GECES nº 16915/2012, de 19/07/12, diante do pedido formulado no Processo nº 135576/2012-7, fls. 88 a 91.

Os argumentos defensivos apresentados carecem de pertinência temática, em face da acusação fiscal formulada, pois o lançamento tributário não está relacionado com a cobrança de ICMS da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, mas, decorre da imputação do percentual de 3% (três por cento), prevista no art. 485, *caput*, do Decreto nº 13.780/12. Neste sentido, também, as decisões judiciais apresentadas não possuem o condão de afastar a pretensão administrativa estatal, sendo, por conseguinte, inaplicáveis ao caso concreto.

Outrossim, o impugnante não traz, aos autos, fato extintivo, modificativo ou impeditivo, com o fim de elidir a acusação fiscal, inclusive, aquele relativo às hipóteses do art. 485, Parágrafo único, do Decreto nº 13.780/12.

Assim, é cabível a imposição estatal descrita neste PAF, nos termos dos art's. 484 ao 490 do Decreto nº 13.780/12, vigentes à época dos fatos geradores imputados, c/c art. 167, inciso III, do RPAF/BA.

Considero, portanto, subsistente o lançamento tributário promovido pelas razões acima aduzidas, inclusive, pelas disposições contidas nos art's. 140, 141 e 143, do RPAF/BA.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0006/15-0**, lavrado contra **MD BA DUBEUX EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.769,23**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR