

A. I. Nº - 207668.0003/16-0
AUTUADO - SZ CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-01/16

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/02/16, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$72.562,03, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou, o adquirente, 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. Período de ocorrência: Consta na complementação da descrição da infração que: Empresa 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., constatamos 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-.”

O autuado apresentou defesa (fls. 56 a 62). Alega que a autuação fere os princípios normativos que regem a tributação, razão pela qual não pode subsistir.

Diz que a solução da questão deve obrigatoriamente remeter à discussão já pacificada nos Tribunais pátrios acerca da definição das empresas de Construção Civil como contribuintes do ICMS. Neste sentido, transcreve a Súmula 432. Discorre sobre a definição do ICMS invocando os termos do artigo 155 da Constituição Federal, assim como a Lei Complementar 87/93.

Consigna que da análise dos dispositivos normativos aplicáveis, conclui-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 defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos. Requer ainda a realização de perícia contábil-financeira, bem como a juntada posterior de documentos, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se alcançar a verdade real.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 77 a 79). Discorre sobre o lançamento de ofício realizado. Consigna que o autuado SZ CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, Inscrição Estadual nº 077.541.018 e CNPJ/MF 09.655.659/0001-50, exerce a atividade de Construção Civil e que é signatário do Termo de Acordo previsto nos artigos 484 a 490 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, desde o mês de novembro de 2012.

Explica que o autuado deixou de recolher o ICMS devido quando da aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, conforme previsto no Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, nos exercícios de 2012 a 2015, razão pela qual foi formalizado o lançamento de ofício para exigência do ICMS no valor histórico de R\$72.562,03.

Salienta que o autuado solicitou por mais de uma vez o Regime Simplificado de Tributação para empresas de Construção Civil previsto no RICMS/BA/12, Decreto 13.780/12, portanto, não foi compelido como aduziu na defesa. Acrescenta que o autuado teve deferido seu segundo pedido formulado no Processo nº 174361/2012-2, conforme o Parecer nº 24238/2012 da Diretoria de Planejamento e Fiscalização da Sefaz/BA (DPF), no mês de setembro de 2012.

Ressalta que o autuado revelou conhecer perfeitamente o teor e vantagens do acordo celebrado para sua atividade fim, haja vista que usufruiu de 2012 a 2015 do seu benefício nas aquisições interestaduais que realizou, conforme demonstrado nos levantamentos fiscais de fls. 16 a 36 dos autos, não tendo recolhido ou apenas algumas vezes efetuado o recolhimento do percentual de 3% sobre o valor destas aquisições.

Afirma que, dessa forma, o autuado violou lei estadual, descumprindo e desrespeitando o Termo de Acordo celebrado, provocando concorrência desleal com outras empresas do seu ramo que não possuem ou tiveram indeferido o pedido para fruição do referido Termo de Acordo, além de causar prejuízos ao erário estadual.

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

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

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 Acórdão 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 Conseg 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.

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

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0003/16-0**, lavrado contra **SZ CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.562,03**, 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, 14 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR