

A. I. Nº - 300200.0016/15-5
AUTUADO - SETEL CONSTRUTORA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-04/16

EMENTA: ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO E / OU ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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, independentemente da forma de tributação da operação pelo remetente, *ex-vi* da norma expressa pelo Art. 485 do RICMS/12, ressalvados os casos contidos no Art. 487 do mesmo Regulamento. Excluída a exigência incidente sobre documento fiscal comprovadamente cancelado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 16/12/2015 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$134.142,05, mais multa de 60%, em decorrência do seguinte fato: *“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. Conforme planilhas, Notas Fiscais de aquisições interestaduais e DAE, exercícios de 2013, 2014 e 2015”*.

Na descrição dos fatos consta: *“(…) Empresa do ramo de construção civil, com Termo de Acordo para recolhimento do ICMS através do Tratamento Simplificado, alíquota de 3%, recolheu a menor o ICMS relativo às aquisições de mercadorias e produtos para uso, consumo e ativo imobilizado, de outras Unidades da Federação (...)”*.

Regularmente notificado, o autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 108 a 117, onde inicialmente efetua uma breve sinopse da autuação adentrando, em seguida, aos argumentos relacionados ao mérito, onde afirma que as notas fiscais que relaciona no documento nº 02, anexado aos autos, foram objeto de substituição tributária, não havendo como persistir nova tributação, pelo fato do tributo já ter sido recolhido na sua integralidade. Cita exemplos, menciona conceitos acerca do ICMS ST, volta a indicar notas fiscais relacionadas à autuação e cujas operações ocorreram com incidência da substituição tributária.

Sustenta ausência de sua responsabilização na acusação em tela, que há previsão de obrigatoriedade do fornecedor em efetuar a retenção da diferença de alíquota ao Estado da Bahia, citando a este respeito os Protocolos 21/91, com a redação dada pelo Protocolo 35/91, 190/09 com redação dada pelos Protocolos 206/10 e 26/10, e 41/08 com redação dada pelo Protocolo 49/08 além do Convênio 110/2007, onde, em todos, o Estado da Bahia foi signatário, efetuando transcrição de excertos relacionados aos mesmos.

Em seguida passa a arguir a inexistência de fato gerador do ICMS na operação envolvendo a Nota Fiscal nº 66.604/14, onde após fazer algumas considerações de natureza doutrinária, aponta, de forma objetiva, que o mencionado documento fiscal foi cancelado pelo fornecedor ao constatar

equivoco na razão social do destinatário, sendo emitida após o cancelamento a nota fiscal nº 67.374, em substituição a anterior, razão pela qual não pode, ao seu entender, prosperar a exigência do imposto em relação ao citado documento fiscal.

Em conclusão, requer a improcedência do Auto de Infração no que tange a exigência do imposto quanto às notas fiscais impugnadas e, sucessivamente, que a multa seja também “*julgada improcedente, pela sua clara insubsistência*”.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 179 a 182, onde, após efetuar uma síntese dos argumentos defensivos passou a tecer as considerações que seguem.

Menciona que a autuada é uma empresa de construção civil optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Construção Civil, com ciência do deferimento em 18/03/2013, em que o imposto é calculado à base de 3% sobre o total das aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, para uso, consumo e para o Ativo Fixo do próprio estabelecimento, conforme previsto nos Arts. 484, 485 e 486, do RICMS-BA, aprovado através do Decreto 13.780/12.

Esclarece que a autuada já reconheceu parte do débito, no valor histórico de R\$59.448,44 e solicitou o parcelamento junto à SEFAZ, que deferiu o pedido, cujas parcelas vêm sendo recolhidas normalmente.

Pontua que o RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, em seu Art. 485, prevê o tratamento simplificado para empresas de construção civil com aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação, nas aquisições em outros Estados, de mercadorias, material de uso e consumo ou bens para o ativo, com os acréscimos referentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados do adquirente, não sendo admitida a utilização de quaisquer créditos fiscais, independente da forma de apuração do imposto pelo remetente, destacando que este 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, conforme Art. 485 do RICMS-BA.

Cita que como se trata de um regime simplificado de apuração do imposto, ao assinar o Termo de Acordo a empresa tem plena ciência da forma de apuração, inclusive porque é opcional, sendo que o imposto, neste caso, é calculado à alíquota de 3% sobre o total das aquisições interestaduais, excluindo apenas as operações anteriormente mencionadas.

Ressalta que a substituição tributária alegada pela defesa, não se refere a ST para o Estado da Bahia, mas substituição tributária interna, no Estado de origem da mercadoria, em que não houve recolhimento do imposto para o Estado da Bahia, alertando que, inclusive o remetente poderá ser dispensado da retenção do ICMS-ST quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme previsão contida no Art. 487, inciso IV, do RICMS/2012.

Pontua que o cálculo do imposto foi criteriosamente elaborado a partir das notas fiscais de aquisições interestaduais, com observância de todos os mandamentos regulamentares, conforme planilhas anexadas às fls. 11 a 23, relação de DAE fls. 25 a 27, e, ainda, considerando as planilhas e comprovantes de recolhimentos do imposto apresentados pela autuada, fls. 28 a 99.

Em relação à nota fiscal nº 66.604, de 30/09/2014, em que a autuada alega não ter havido o fato gerador do imposto, uma vez que não ocorreu a circulação da mercadoria ali relacionada, pois foi totalmente devolvida ao Estado de origem através da nota fiscal nº 67.328, de 16/10/2014, aponta que realmente restou comprovado que a empresa Ciber Equipamentos Rodoviários Ltda, emitiu a nota fiscal de entrada nº 67.328, fl. 175, referente à devolução das mercadorias constantes da nota fiscal nº 66.604, admitindo que, dessa forma, efetivamente não há imposto a ser reclamado relativo a esta nota fiscal e o valor correspondente deverá ser excluído do crédito reclamado.

Conclui, portanto, que o Auto de Infração deverá ser alterado apenas em relação ao valor do imposto reclamado relativo ao mês de setembro de 2014, que remanescerá na forma abaixo:

MÊS/ANO	Imposto reclamado originalmente	Exclusão do imposto relativo à NF 66.604	Imposto efetivamente devido
Setembro/2014	49.876,73	49.122,30	754,43

Opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração, apenas com a exclusão do valor do imposto correspondente à nota fiscal nº 66.604, conforme acima pontuado.

Às fls. 190 a 193, estão anexados extratos emitidos através do sistema SIGAT, dando conta do reconhecimento e parcelamento parcial do débito pelo autuado no valor histórico de R\$59.448,44, conforme processo nº 109116-6.

VOTO

Duas são as questões de fundo a serem enfrentadas neste julgamento, já que não houve qualquer questionamento quanto aos aspectos formais do lançamento, o qual atende ao quanto disposto pelo Art. 139 do RPAF/BA.

A primeira relaciona-se a irrisignação do autuado quanto à exigência do imposto no tocante às notas fiscais que foram emitidas com indicação de que fora exigido imposto por substituição tributária. Analisando as notas fiscais trazidas pelo autuado, constato, inicialmente, que as mesmas não fazem menção a qualquer acordo interestadual, ademais, e o mais importante, é a condição do autuado que, exercendo a atividade de construção civil, é signatário de Termo de Acordo firmado junto à SEFAZ/BA.

A este respeito, a legislação tributária em vigor é bastante clara ao assim definir através do Art. 485 do RICMS-BA/2012:

Art. 485. *Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:*

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“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;

Nota: A redação atual do inciso I do parágrafo único do art. 485 foi dada pela Alteração nº 2 (Decreto nº 13.945, de 23/04/12, DOE de 24/04/12), efeitos a partir de 01/04/12 (Redação anterior sem efeitos).

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

E este é um entendimento já consolidado pelo órgão responsável pela interpretação e orientação às autoridades fiscalizadoras acerca da aplicação das normas tributárias, conforme se depreende do conteúdo do Parecer DETRI nº 06734/2013, que assim se expressa:

“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, independentemente da forma de apuração do remetente. Art. 485 do RICMS/12”.

Convém salientar, como bem ressaltado pelo autuante, que o remetente localizado em outro estado poderia ser dispensado da retenção do ICMS substituição tributária, desde que houvesse prescrição em acordo interestadual, à luz da norma então disposto no Art. 487 do RICMS/12, *verbis*, que apesar de atualmente revogado, assim estabelecia:

487. Revogado.

*Nota: O art. 487 foi revogado pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, **efeitos a partir de 01/01/16**. Redação originária, efeitos até 31/12/15: “Art. 487. O regime simplificado de apuração e recolhimento do imposto de que cuida este capítulo: I - desonera o contribuinte do pagamento do imposto relativo a operações internas subsequentes, exceto em relação à venda de mercadorias para terceiro não contratante da obra ou serviço; II - dispensa o contribuinte do pagamento do imposto nas operações interestaduais de transferência de mercadorias ou bens; III - não se aplica ao pagamento do imposto nas operações de importação de mercadorias do exterior. Redação anterior dada ao inciso IV, tendo sido acrescentado ao art. 487 pela Alteração nº 2 (Decreto nº 13.945, de 23/04/12, DOE de 24/04/12), efeitos de 01/04/12 31/12/15: IV - dispensa o remetente da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária.”*

Desta forma não se sustentam os argumentos defensivos em relação às exigências do imposto que recaiu sobre operações alcançadas pelo regime de substituição tributária interna do estado remetente, razão pela qual ficam mantidas as exigências.

Por outro lado, vejo que assiste total razão ao autuado no que toca ao argumento da improcedência da exigência fiscal relacionada à nota fiscal nº 66.604, vez que, conforme se verifica através do doc. fl. 175, a nota fiscal nº 67.328 foi emitida a título de devolução/desfazimento da operação anterior (nf. 66.604), razão pela qual acolho o posicionamento e argumento do autuante e excluo da autuação o valor de R\$49.122,30 relativo a esta nota fiscal, remanescendo como devido para o mês de setembro/14 apenas a quantia de R\$754,43.

Desta maneira, o débito remanescente do presente Auto de Infração alcança o valor de R\$85.019,75 de acordo com o constante nas planilhas de fls. 183 a 187.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, recomendando que seja homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300200.0016/15-5**, lavrado contra **SETEL CONSTRUTORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.019,75**, acrescido da multa de 60% prevista pelo art. 42, inciso II, inciso “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA