

A. I. Nº - 269353.0803/15-0
AUTUADO - TOP ENGENHARIA LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/08/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-03/16

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 conforme artigos 484 a 486 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. Nas razões defensivas o autuado traz elementos ao processo que reduzem o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/10/2015, exige crédito tributário no valor de R\$64.832,31, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, nos meses de novembro e dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2014, fevereiro a agosto de 2015. (infração 02.15.01). Consta que o contribuinte na qualidade de signatário do Termo de Acordo de que trata o art. 490 do RICMS/BA de 2012, deixou de recolher o ICMS devido quando da aquisição interestadual de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, conforme planilhas gravadas em meio magnético CD constante do anexo II do PAF.

O Autuado ingressa com defesa fls. 28/40. Diz ser contra a cobrança gerada pelo auto de infração pelos motivos de fato e de direito que se seguem. Registra a tempestividade da defesa. Informa ser pessoa jurídica de direito privado optante pela apuração do ICMS no regime simplificado para empresas da construção civil, no período de 21/01/2014 à 23/04/2015, conforme RICMS 12.780/2012 e termo de acordo, tendo como regime de escrituração, o da competência contábil.

Afirma que a partir de tais procedimentos, apurou os saldos reais devidos de ICMS, ao longo da vigência do termo de acordo assinado junto a Sefaz/Bahia, conforme apurações mensais que discrimina.

Sobre **Janeiro/2014** registra que o início da vigência do termo de acordo se deu dia 21 e os valores apurados que antecedem esta data são indevidos. Diz que a nota fiscal nº 23175 do fornecedor FW Maquinas Distribuição e Comércio Ltda., não consta em qualquer registro fiscal/contábil, logo não reconhece a mesma para o recolhimento do imposto apontado.

Afirma que nos termos do regulamento do ICMS/2012, art. 485, parágrafo único, inciso I – “não será exigido o recolhimento do imposto, 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”, assim, as notas fiscais emitidas por micro empresa ou empresas enquadradas no Simples Nacional apresentam no corpo da nota

fiscal alíquota zero ou inexistente, não dando nenhum tipo de benefício econômico que justifique a apuração da alíquota de 3%.

Alega também, a existência de notas fiscais lançadas no mês seguinte no levantamento fiscal, em que a empresa teria registrado no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, ressaltando ainda, notas fiscais emitidas e devolvidas pelo próprio fornecedor, notas fiscais de devolução de mercadoria, todas estas operações desconsideradas no auto de infração.

Em **fevereiro/2014** registra que não reconhece as notas fiscais nº 23346 da FW Máquinas Distribuição e Comércio Ltda., e nº 32607 da Ferimport Comercio Representação e Importação Ltda., por não constar de seus registros fiscal/contábil. Alega ainda, a existência de notas fiscais emitidas por empresas do Simples Nacional e devoluções de mercadorias não consideradas pelo Fisco.

No mês de **abril/2014** diz que não reconhece a nota fiscal nº 7410 de Pádua Genu Compressores e Perfuratrizes Ltda., por não se encontrar registrada em sua escrita fiscal/contábil/financeiro. Repete argumentos sobre empresas do Simples Nacional e operações de devoluções de mercadorias desconsideradas pela autuação.

No mês de **junho/2014** repete a alegação sobre notas fiscais emitidas pelo Simples Nacional, sobre o momento do registro das notas de entradas, alega operações de devoluções que não foram contempladas no auto de infração.

Sobre **julho/2014** repete os argumentos citados no mês anterior. Aduz que ainda assim, o saldo devedor apurado de R\$1.187,95 foi pago no dia 18/12/2015 (doc 5), conforme Acordo Legal disponibilizado pela Secretaria da Fazenda.

Em **agosto/2014** diz que não reconhece a nota fiscal nº 7410 de Pádua Genu Compressores e Perfuratrizes Ltda. Repete argumentos dos meses anteriores sobre notas fiscais emitidas por empresas do Simples Nacional e operações de devolução de mercadorias desconsideradas pela fiscalização. Diz que ainda assim, foi constatado o saldo devedor de R\$ 1.705,92 sendo pago no dia 18/12/2015 (doc 5), conforme Acordo Legal da SEFAZ.

Em **setembro/2014** - repete alegações anteriores e diz que o saldo devedor que apurou de R\$ 396,08 foi pago no dia 18/12/2015 (doc 5), conforme Acordo Legal.

No mês de **outubro/2014** diz que consideradas as alegações que fez nos meses anteriores, ainda assim, foi constatado o saldo devedor de R\$ 336,22 que recolheu no dia 18/12/2015 (doc 5), conforme Acordo Legal.

Sobre **novembro/2014** - repete argumentos dos meses anteriores e diz que o saldo devedor de R\$28.563,18 foi pago no dia 18/12/2015 (doc 5).

Em **dezembro/2014** - diz que se ajustando a apuração conforme suas alegações, o saldo devedor de R\$1.320,23 foi pago no dia 18/12/2015.

No mês de **fevereiro/2015** repete as alegações dos meses anteriores e afirma ter constatado o saldo devedor de R\$ 2.503,80, sendo pago no dia 18/12/2015.

A respeito de **março/2015** - repete a alegação referente a aquisições em empresas do Simples Nacional, devoluções e registro das notas fiscais no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento.

No mês de **abril/2015** - afirma que não reconhece a nota fiscal nº 36953 do fornecedor Fornac Ltda., por não constar de seus registros. Repete argumentos utilizados nos meses anteriores.

Sobre os meses de **maio a agosto/2015**, frisa que o final da vigência do termo de acordo se deu dia 23 de abril de 2015, portanto entende que os valores apurados após esta data são indevidos. Pugna pelo acolhimento das razões veiculadas na defesa, com a reforma dos valores cobrados no auto de infração.

Os autuantes produzem a informação fiscal fls.82/89. Explicam que embora a defesa afirme que esteve submetida ao regime simplificado de apuração do ICMS para empresas de construção civil a partir de 21/01/2014, não é o que constatou a fiscalização. Aduzem que analisando os documentos às fls. 51/ 55, constantes do anexo denominado DOC.2, verifica-se fl.51, que a autuada protocolou o pedido para celebração do Termo de Acordo em 26/09/2013. O referido pedido teve o deferimento concedido em 02/10/2013. Já às fls. 52/53 constata-se que a defendente tomou ciência desta decisão nesta mesma data. Às fls.54/55 constata-se que a empresa está incluída no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA desde 27 de junho de 1978. Sendo assim, dizem ficar provado que a autuada está sujeita ao Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil desde 02 de outubro de 2013.

Sobre as demais alegações defensivas, comentam que a autuada montou uma espécie de conta corrente, no intuito de explicar o que considera ser devido dos valores apurados pelo Auto de Infração. Aduzem que tal explanação foi feita em duas etapas. Nas fls.29/32 elabora um resumo dos lançamentos constantes do levantamento fiscal, com as exclusões que julga pertinentes e, entre as fls.32/40 elabora o que denomina "... *descrição de composição mês a mês*". Afirmando que farão a análise das contestações de igual forma.

a) - outubro e novembro de 2013 - a autuada argumenta que só esteve sujeita ao Regime de Simplificado de Tributação a partir de 21 de janeiro de 2014. Dizem que os fatos comprovam que a autuada esteve sujeita ao citado regime, desde 02 de outubro de 2013, de modo que não podem acatar o que requer a autuada;

b) - janeiro de 2014 - em sua planilha a autuada exclui os lançamentos anteriores a 21/01/2014, sob a mesma alegação dos meses de outubro e novembro de 2013, que se provou ser equivocada. Com relação a nota fiscal 23175, que a autuada diz não haver registro em sua escrita fiscal, dizem que a justificativa é pífia, pois a existência e regularidade da mesma são comprovadas pela chave de acesso constantes da planilha do Anexo II. Sobre as notas fiscais com data de emissão em janeiro de 2014, que alega foram pagas em fevereiro de 2014, dizem que consultando o doc. 2 citado, fls.50/55, não encontraram a ocorrência citada a respeito das notas fiscais aludidas pela defesa, de modo que não acolhem o que alega a autuada e ademais, a autuada reconhece a existência do débito, eis que o lança no mês de fevereiro, conforme fls.30/33. Sobre a contestação quanto aos lançamentos atinentes a ICMS referente a aquisições junto a empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, comentam que o contribuinte confunde o percentual usado no citado regime, com o que seja alíquota do ICMS aplicada nas operações internas. Explicam que os percentuais incidentes sobre as operações de empresas optantes pelo Simples Nacional são aplicados sobre uma base de cálculo que engloba a cobrança de diversos tributos, conforme disposto no art. 13 da Lei Complementar 123/06, de modo que não poderão ser confundidos com a alíquota interna do ICMS que, nos termos da Constituição Federal de 1988, será estabelecida pelos Estados e pelo Distrito Federal, obedecendo às Resoluções do Senado Federal sobre a matéria. Não acatam o alegado pela autuada, mantendo a exigência do tributo que deixou de ser recolhido.

Ressaltam que o entendimento da fiscalização sobre a matéria em comento, ou seja, quanto às aquisições feitas junto a empresas optantes pelo Simples Nacional, é o mesmo exarado no Parecer GECOT 6734/2013. Argumentam que o resultado de todas as contestações que fez a defesa, das quais a fiscalização discordou integralmente, a autuada chega a um resultado em seu "conta corrente", fls.30, de um saldo negativo de R\$1.574,77, que considera como um crédito seu, a ser utilizado no mês de fevereiro de 2014. Concluem que da análise feita pela fiscalização fica claro a inexistência de tal "saldo negativo/crédito";

c) - fevereiro de 2014 - dizem verificar que a autuada inicia abatendo do que é cobrado no levantamento fiscal, o "saldo negativo/crédito" do mês de janeiro de 2014 que apurou, no entanto, a fiscalização já provou ser este saldo inexistente. Sobre as notas fiscais com data de emissão em fevereiro que entraram no estabelecimento no mês seguinte, afirmam que verificando o citado doc. 3, lá encontram para o mês em tela, as notas fiscais 23346 e 32607, que a defesa alega não

terem sido a ela destinadas, portanto, não acatam o alegado. A respeito das notas fiscais adquiridos junto a optantes do Simples Nacional dizem ter apreciado no item anterior. As notas fiscais 23346 e 32607, são comprovadas pelas chaves de acesso constantes da planilha do Anexo II. Por fim, verificam que o "conta corrente" que a autuada traz fl.30, apresenta um "Saldo Negativo", com o qual a fiscalização, como demonstrado, não pode concordar. Sendo assim, mantêm os valores relativos ao mês ora discutido;

d) - abril de 2014 - além dos argumentos já apreciados nos meses anteriores, a autuada pede a exclusão da apuração do mês em tela das notas fiscais nele emitidas e que entraram no estabelecimento no mês de maio de 2014, porém, deixa a autuada de indicar quais notas fiscais tiveram este tratamento, impossibilitando que a fiscalização acate o que é solicitado. Sobre o não reconhecimento da nota fiscal 7410, afirmam que a existência de regularidade da nota fiscal citada é comprovada pela chave de acesso constante da planilha do Anexo II. Concluem mantendo os valores relativos ao mês ora discutido.

e) - junho de 2014 - além das alegações trazidas nos meses anteriores, a autuada solicita a exclusão da apuração do mês corrente, das notas fiscais nele emitidas e que entraram no estabelecimento no mês de julho de 2014, porém não indica quais notas fiscais tiveram este tratamento, impossibilitando assim, que a fiscalização acate o que é solicitado. Sobre o "conta corrente" trazido pela autuada fl.30, apresenta um "saldo negativo", com o qual a fiscalização, como demonstrado, não pode concordar. Sendo assim, mantêm os valores relativos ao mês ora discutido;

f) - julho de 2014 - neste mês a autuada pede a exclusão da apuração do imposto das aquisições feitas junto a empresas do Simples Nacional, trazendo a mesma argumentação que apresentou para os meses anteriormente discutidos. Sendo assim, a fiscalização mantêm o entendimento já manifestado, de modo que não tem como acatar o que pede a autuada;

g) - agosto de 2014 - a autuada além de pedir a exclusão da apuração do imposto das aquisições feitas junto a empresas do Simples Nacional, diz que não reconhece como a ela destinada a nota fiscal 7410. Constatam que a autuada fez o mesmo pedido para esta nota fiscal quando se referiu ao mês de abril de 2014. Informam que consultando a planilha do Anexo II, verifica-se que esta nota fiscal foi emitida no mês de abril de 2014, e incluída na apuração do mesmo mês, de modo que não há como concordar com o pleito apresentado;

h) - setembro de 2014 - novamente a autuada traz o mesmo pedido, feito nos meses já discutidos, em relação às aquisições efetuadas junto a empresas do Simples Nacional. Na seqüência, finaliza o seu combate, pedindo a exclusão da apuração do mês em tela das notas fiscais neste emitidas e que entraram no estabelecimento no mês seguinte. Porém, deixa a autuada de indicar quais notas fiscais tiveram este tratamento, impossibilitando assim, que a fiscalização acate o que é solicitado. Sendo assim, mantêm integralmente os valores exigidos no mês de setembro de 2014;

i) - outubro de 2014 - a autuada pede a exclusão da apuração do imposto das aquisições feitas junto a empresas do simples nacional. Mantêm o entendimento já manifestado, de modo que não acatam o que pede a autuada;

j) - novembro de 2014 - como no mês anterior, a autuada pede a exclusão da apuração, do imposto das aquisições feitas junto a empresas do Simples Nacional, trazendo a mesma argumentação que apresentou para os meses anteriormente discutidos. Sendo assim, a fiscalização mantêm o entendimento já manifestado, de modo que não tem como acatar o que pede a autuada;

k) - dezembro de 2014 - novamente pede a exclusão da apuração do imposto das aquisições feitas junto a empresas do Simples Nacional, trazendo a mesma argumentação que apresentou para os meses anteriormente discutidos. Mantêm o entendimento já manifestado;

l) - fevereiro e março de 2015 - a autuada pede a exclusão da apuração do imposto das aquisições feitas junto a empresas do Simples Nacional. Mantêm o entendimento já manifestado;

m) - abril de 2015 - além da alegação sobre o Simples Nacional, a autuada diz que não reconhece como a ela destinada a nota fiscal 36953, alegando unicamente que a mesma não consta em nenhum registro fiscal/contábil/financeiro da empresa. Ressalta que a existência e regularidade da nota fiscal citada são comprovadas pela chave de acesso constante da planilha do Anexo II;

n) - maio a agosto de 2015 - o contribuinte alega que não está sujeito ao recolhimento do imposto neste período, em razão de sua inscrição estadual ter sido baixada em 23/04/2015. Contudo, a autuada continuou fazendo suas aquisições interestaduais como se estivesse com a sua inscrição estadual ativa. Frisam que o autuado fez tais aquisições usufruindo os benefícios previstos no Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil. Sendo assim, a fiscalização mantém os lançamentos efetuados no período em tela.

Concluem que da análise da peça defensiva, não tendo encontrado elementos capazes de elidir os lançamentos efetuados, pedem seja o presente Auto de Infração julgado totalmente procedente.

Consta às fls. 91/93 extrato do SIGAT/SICRED com o pagamento das parcelas reconhecidas pelo sujeito passivo.

VOTO

Trata o presente PAF de lançamento para cobrança de ICMS nas operações interestaduais de entradas realizadas pelo autuado, enquadrado na disposição contida no art. 484, § 1º, inciso I, do Decreto nº 13.780/12, além de outras atividades elencadas no § 2º do citado artigo e decreto.

Da análise dos elementos que compõem o presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, verifico a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, dos dispositivos da legislação tributária inerentes ao enquadramento e a 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.

Analisando os fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração imputa a acusação fiscal de que o contribuinte 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, ao qual o autuado aderiu mediante celebração de Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda.

O regime simplificado de tributação para empresas de construção civil, à época dos fatos geradores, estava previsto no art. 485 do RICMS/2012, incidindo o percentual 3% (três por cento) sobre o valor das aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, conforme dispõe a norma regulamentar:

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, verifica-se que efetivamente, é devido o imposto sobre a entrada efetuada por empresa de construção civil em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Nas razões defensivas o autuado alegou que o início da vigência do termo de acordo com a SEFAZ, se deu dia 21 de janeiro de 2014, portanto os valores apurados que antecedem esta data seriam indevidos.

Na assentada de julgamento, o contador da empresa em sustentação oral, frisou que os valores do levantamento fiscal, anteriores ao mês de janeiro de 2014 e referentes aos meses de maio a agosto

de 2015 eram indevidos, considerando que por não possuir inscrição ativa ou devidamente habilitada no cadastro da SEFAZ. Alegou que realizava compras fora do Estado da Bahia, e as alíquotas aplicadas para o cálculo do ICMS, eram as alíquotas internas do Estado de origem, conforme poderia ser verificado nas notas fiscais de aquisições inerentes ao período citado.

Em consulta ao cadastro dos contribuintes no Sistema INC desta SEFAZ, verifico que de fato, o autuado encontrava-se na situação de “BAIXADO” em 31/10/2011 e cadastrado como contribuinte “ESPECIAL” até 20.01.2014, passando à condição de “NORMAL” a partir desta data, voltando a condição de “BAIXADO” no DSCAD a partir de 23/04/2015.

Ante aos fatos expostos, as ocorrências referentes aos meses de novembro e dezembro de 2013 e maio a agosto de 2015 devem ser excluídas do levantamento fiscal, com base no inciso I, parágrafo único, do art. 485 do RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores.

Recomendo a autoridade competente verificar a possibilidade de se instaurar novo procedimento fiscal, a fim de se apurar no período excluído, a existência de notas fiscais emitidas com destaque de alíquota interestadual, a fim de se exigir a parcela do imposto, acaso não cobrado no Auto de Infração em exame, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto aos demais itens constantes da infração ora analisada, constato que mediante celebração do citado Termo, o autuado, para usufruir do tratamento simplificado que previa a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, se declarou contribuinte do ICMS e comprometeu-se a cumprir o estabelecido no regime simplificado, conforme previsto no RICMS/BA.

Os termos do regime simplificado que o autuado comprometeu-se a cumprir estavam dispostos no Capítulo XLIX do RICMS/BA e compreendiam os artigos 484 a 490, vigentes à época. Dentre esses dispositivos, o parágrafo único do art. 485, previa as hipóteses de exclusão da aplicação do regime. Constató que no presente Auto de Infração, a lide se instala quando da interpretação do alcance do mandamento insculpido no inciso I do citado parágrafo único. Tal regra vedava a aplicação do regime simplificado quando as mercadorias ou bens fossem adquiridos, de outra unidade da Federação, com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem.

O defendente alegou que constam do levantamento fiscal, notas fiscais que não reconhece, visto que não se encontram registradas em sua escrita fiscal ou contábil, além disso, argüiu que existiriam alguns documentos fiscais registrados no demonstrativo dos autuantes pela data de emissão, quando em sua escrita fiscal o registro teria se dado pela entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Os autuantes em informação fiscal disseram que o fato de a autuada não ter registrado notas fiscais, não é prova que tais operações não ocorreram, pois estas notas fiscais eletrônicas constam do ambiente digital sem qualquer restrição, o que demonstra que estão regulares, tendo o autuado tomado ciência da chave de acesso constantes da planilha do Anexo II. Sobre as notas fiscais com data de emissão em determinado mês e pagamento no mês subsequente, dizem que consultando o doc. 2 citado, fls.50/55, não encontraram ocorrências deste tipo, no que diz respeito as notas fiscais aludidas pela defesa.

Deixo de acolher as alegações da autuada considerando que não estão consubstanciadas em provas, ao contrário da acusação fiscal que está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto a fornecedores localizados em diverso Estados membros da Federação, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas. Vejo também, que não consta do levantamento notas fiscais registradas antes da entrada no estabelecimento do autuado conforme alegou em sua defesa.

Nas razões defensivas o autuado contestou a cobrança do ICMS sobre notas fiscais emitidas por contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional. Alegou que nos termos do regulamento do ICMS/2012, art. 485, parágrafo único, inciso I – “não será exigido o recolhimento do imposto, 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”, assim, as notas fiscais emitidas por micro empresa ou empresas enquadradas no Simples Nacional por apresentar no corpo da nota fiscal alíquota zero ou inexistente, não justifica a apuração da alíquota de 3%.

Observo que o autuado se insurge contra essa cobrança, afirmando que essas aquisições interestaduais de empresas do Simples Nacional se constituem em aquisições efetuadas com a alíquota interna do Estado de origem e, por conseguinte, são alcançadas pela vedação expressa no RICMS, sendo que se fosse vontade da administração tributária manter essa cobrança deveria tê-la incluído expressamente na norma regulamentar, posto que um mero termo não poderia gerar obrigação tributária indevida.

Saliento que as alíquotas incidentes sobre empresas optantes do Simples Nacional são aplicadas sobre uma base de cálculo que engloba a cobrança de vários tributos, conforme previsto no art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, de modo que não podem ser confundidas com a alíquota interna do ICMS e, por conseguinte, não estariam entre as hipóteses de exclusão previstas no RICMS. Registro que é esse o entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria exposto no Parecer/GECOT nº 6734/2013, que transcrevo para melhor esclarecimento. Assim entende os órgãos técnicos da Sefaz, como pode ser observado na resposta a consulta, exposta no **Parecer nº 06734/2013, de 22/03/2013, abaixo:**

"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, independente da forma de apuração do remetente. Art. 485 do RICMS/12.

O Consulente, inscrito como normal, apurando o imposto pelo simplificado previsto para as empresas de construção civil, atuando na perfuração e construção de poços de água, CNAE 4399105, formaliza consulta a esta Administração Tributária, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/Ba, Decreto nº 7.629/99. A consulente indaga se deve ser feito o cálculo de 3% nas aquisições interestaduais oriundas de empresas optantes pelo Simples Nacional e em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

RESPOSTA:

De acordo com RICMS/12, em seu art. 485, o tratamento simplificado para empresas de construção civil prevê a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições, em outros Estados, de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, com acréscimo dos valores referentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, não sendo admitida a utilização de quaisquer créditos fiscais. O referido 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.

Dessa forma, as empresas de construção civil que possuem o termo de acordo para adoção do tratamento simplificado, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundas de outros Estados, independente de se tratar de remetente que apure pelo regime normal ou pelo Simples Nacional, deverão proceder de acordo com o regramento mencionado, ou seja, deverão recolher 3% do valor da operação, com os acréscimos previstos. Ressalte-se que o remetente poderá ser dispensado da retenção do ICMS substituição tributária, quando o acordo interestadual

permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme estabelece o inciso IV do art.487 do RICMS/12".

Verifico que, nos termos da norma retro citada, o autuado se comprometeu a aplicar o 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. O dispositivo regulamentar vedava a utilização de quaisquer créditos fiscais e as exceções à aplicação do regime simplificado estavam listadas no parágrafo único, *"in verbis"*:

"Art. 485

...

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.

Da leitura do dispositivo transcrito, observa-se que as aquisições de contribuintes optantes pelo Simples Nacional não estão contempladas na regra de exclusão. Esse é um regime específico definido por lei complementar e, assim sendo, como não está excluído expressamente, depreende-se que nessas aquisições também deve incidir a aplicação do percentual de 3% conforme acordo celebrado entre as partes.

Saliento que não tem como prosperar a afirmação de que ao recolher o Simples Nacional, o remetente recolhe o ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem. É uma afirmação que parte de pressupostos equivocados que não subsistem ao confronto com a LC nº 123/06, que trata da matéria, e nem com a obrigatoriedade, definida pela Lei nº 7.014/96, de o contribuinte do ICMS, condição que o autuado declarou pertencer quando assinou o Termo de Acordo, recolher o diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, inclusive quando essas forem aquisições do Simples Nacional. Tal mandamento reforça a assertiva de que essas aquisições não estão excluídas do Regime Simplificado em comento, vez que não houve expressa determinação nesse sentido.

Assim, é cabível a imposição estatal descrita neste PAF, nos termos dos arts. 484 ao 486 do Decreto nº 13.780/12, vigentes à época dos fatos geradores imputados, c/c art. 167, inciso III, do RPAF/BA.

Considero, portanto, caracterizado parcialmente o lançamento tributário promovido, conforme demonstrativos constantes do CD fl. 11, recibo de entrega dos documentos ao autuado fls. 19/20, pelas razões acima aduzidas, com a exclusão das ocorrências inerentes aos meses de novembro e dezembro de 2013 e de maio a agosto de 2015, considerando a confirmação da alegação do autuado feita junto ao cadastro dos Contribuintes / INC, de que nestes meses, não realizou compras utilizando sua inscrição estadual considerando que esta se encontrava suspensa, restando a infração no montante de R\$55.000,03.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0803/15-0**, lavrado contra **TOP ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$ 55.000,03**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR