

A. I. Nº - 206958.0002/15-0
AUTUADO - CCM – CONSTRUTORA CENTRO MINAS LTDA.
AUTUANTES - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-02/16

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPRESA NÃO SIGNATÁRIA DO TERMO DE ACORDO PARA ADOÇÃO DO TRATAMENTO SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMA DE APURAÇÃO DO ICMS.

a) DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. No período fiscalizado, a empresa estava sujeita ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas pelo fato de que LEGALMENTE era considerada contribuinte do ICMS por se encontrar inscrita no cadastro como empresa na condição NORMAL, com apuração do ICMS mediante conta-corrente fiscal. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração comprovada. **c)** DMA (DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS). APRESENTAÇÃO DE DADOS INCORRETOS. Afastadas arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/03/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$28.658,09, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 06.02.01- Deixou de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico autuado R\$27.353,03.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor histórico autuado R\$885,06.

INFRAÇÃO 03 - 16.05.11 –16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Valor histórico autuado R\$420,00.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 56 a 66, preliminarmente, ressaltando a tempestividade da defesa, informando que se dedica exclusivamente à atividade de construção civil e reproduzindo às infrações.

No mérito, destaca que a Impugnante, assim como as demais empresas que atuam no ramo da construção civil, não se sujeitam ao ICMS. Tal fato se dá porque as empresas de construção civil adquirem e/ou transferem bens e mercadorias que são utilizados em suas próprias obras, não havendo a circulação econômica dos mesmos, que é o fato gerador do ICMS, transcrevendo doutrina sobre o tema.

Acrescenta que o art. 3º, inciso V, da Lei Complementar nº 87, de 13.9.96, determina que o ICMS não incide sobre *‘operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar’*.

Aduz que há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência EXCLUSIVA A SERVIÇOS.

Evidencia que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações em que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, NUNCA quando adquirem mercadorias como INSUMOS para suas obras ou realizam MERA TRANSFERÊNCIA de bens do seu ativo, exatamente como ocorreu *in casu*, não tendo sido praticada, portanto, qualquer das infrações descritas no auto ora impugnado justamente por esse motivo.

Aduz que a argumentação aqui desenvolvida desaguou na publicação da Súmula nº 432, do Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que *“as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”*, o que ocorreu exatamente no caso em tela.

Salienta que não poderia ser outro, portanto, o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado da Bahia, transcrevendo decisão. No mesmo sentido, transcreve decisão emanada do STJ, que, quando da oportunidade de discutir acerca da diferença de alíquotas do ICMS, assim se pronunciou – deixando clara a situação excepcional das construtoras. Ressaltando que o mesmo entendimento prevalece no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Destaca, novamente, que a impugnante não estava a praticar qualquer ato de mercancia ao adquirir mercadorias para uso e consumo no curso de execução de suas obras. Neste aspecto, a fundamentação lançada no auto recorrido é imprópria para sustentar a irregularidade da operação de aquisição, que, realizada sem qualquer conteúdo ou conotação mercantil, faz cair por terra qualquer base fática ou jurídica a proteger a manutenção do auto guerreado.

Destaque que não houve nenhum prejuízo ao fisco estadual, haja vista que as empresas de construção civil se sujeitam somente ao ISSQN. Na mão contrária, é flagrante o prejuízo da empresa autuada.

Sustenta que da simples leitura do auto em comento conclui-se que a multa aplicada pelo fisco estadual é excessivamente onerosa e desproporcional, não podendo prevalecer em face do Princípio da Razoabilidade, pois tem caráter confiscatório, em nítida violação ao princípio constitucional do não-confisco, o que constitui expressa violação ao art. 150, IV, da CF/88, reclamando a sua pronta redução a patamares que atendam aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao final, requer que:

1. Pelo exposto, REQUER a Impugnante seja declarada a nulidade do crédito tributário consignado no Auto de Infração n.º 206958.0002/15-0, pelos fundamentos jurídicos ora expostos, juntando, para fins de comprovação, a documentação anexa.

2. *Caso seja mantido o crédito tributário, seja a multa reduzida, nos moldes acima expostos, porquanto manifestamente confiscatória.*

Na informação fiscal o autuante, fls. 74 e 75, frisa que o CONSEF ainda se situar ao largo dos julgamentos de assuntos de natureza constitucional. Frisa que essa questão foi pacificada por ocasião da edição da Emenda Constitucional nº 87, que assim estabeleceu no inciso VIII do artigo 155 da CF:

Art. 155.

...

VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;*
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;*

Frise que ante ao exposto não precisa ir mais além para definir a responsabilidade do autuado sobre o ICMS calculado pela diferença de alíquotas, como neste caso.

Acrescenta que não se pode suprimir a incidência do imposto antecipado, que complementa a carga tributária de um produto que irá ser consumido na própria operação de construção – calçados – quando sabidamente fez sua aquisição utilizando-se da condição de “contribuinte”, que é atendida com a alíquota interestadual, que denota a utilização comercial seguinte da adquirente.

Ressalta que, se todas as aquisições houvessem sido sob condição de não-contribuinte, certamente todas as empresas, sem exceção, teriam aplicado a alíquota interna dos seus Estados, pela própria responsabilidade que devem a eles, de recolherem nesta última instância, o ICMS pelo do produto.

Destaca que não se pode acatar os antigos argumentos que a atividade de construção civil sempre utilizou para formar um subterfúgio perfeito à incidência do imposto: *“Para o fornecedor interestadual, ‘sou contribuinte’! Para o Estado de sua localização: ‘não sou contribuinte!’”*

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade ao percentual das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidades requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizado pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Devo destacar que nos demonstrativos constam diversos dados das notas fiscais, entre eles as datas, os números, séries e, tendo juntado cópias das notas fiscais que embasaram os levantamentos fiscais, possibilitando conhecer todos os elementos necessários à compreensão de cada documento fiscal objeto das infrações imputadas.

Ademais, devo ressaltar que a defesa não apontou, de forma objetiva, nenhuma causa de nulidade, tendo, arguindo de forma genérica.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto e aplicando multa decorrentes de 03 infrações. Entretanto, a defesa apresentou um único argumento para todas elas, qual seja, que é uma empresa de “Construção”, nesta condição não está obrigada a recolher o referido imposto, citando decisões de outros tribunais.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir às infrações, uma vez que, na qualidade de Contribuinte Inscrição do Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado, na Condição de Contribuinte Normal, tendo como Forma de Apuração do Imposto (ICMS), Conta Corrente Fiscal, encontra-se obrigado ao recolhimento do referido imposto, na forma prevista na legislação.

O RICMS/97 do Estado da Bahia, nos artigos 542-A a 542-G, tratava do Regime Simplificado de Construção Civil.

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.

O regime simplificado de apuração e recolhimento do imposto de que cuida o citado capítulo, 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. Dispensa o contribuinte do pagamento do imposto nas operações interestaduais de transferência de mercadorias ou bens. Entretanto, não se aplica ao pagamento do imposto nas operações de importação de mercadorias do exterior. Dispensa o remetente da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária.

Ocorre que, para se beneficiar do referido regime, 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, procedimento que não foi observado pelo contribuinte.

Cabe registrar que não consta no sistema da SEFAZ que o autuado tenha Termo de Acordo firmado nos termos do art. 490, do RICMS/2012, ficando, portando, sujeito a tributação normal do ICMS.

Ressalto que, como regra geral, empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, e à época dos fatos tivesse a possibilidade de obter uma inscrição no Cadastro Estadual de Contribuintes – CICMS, na condição ESPECIAL, assim não o fez, conforme consta nos documentos à fl. 88 dos autos, tendo optado em fazer sua inscrição na condição NORMAL e que a forma de apuração do imposto é C/CORRENTE FISCAL, uma vez que não firmou Termo de Acordo para adoção do Regime Simplificado.

Estando na condição de empresa inscrita no cadastro de contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, que adquiriu mercadorias em outros estados sendo beneficiada pelas alíquotas interestaduais, conforme autoriza o art. 155 da Constituição Federal em seu inciso VII, que diz:

...em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto.(...).

No mesmo sentido, o inciso VIII do artigo 155 da CF, estabelece que:

Art. 155

...

VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;*
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;*

Do acima exposto, resta claro que se não tivesse o sujeito passivo inscrição estadual na condição NORMAL, seria obrigada a comprar como consumidor final, com a alíquota interna do estado de origem, alíquota cheia, visto que na operação para não contribuinte, a carga tributária relativa ao ICMS corresponde à alíquota interna do Estado remetente das mercadorias, ficando a responsabilidade por conta do remetente, conforme alínea “b” do inciso VIII do artigo 155, acima reproduzido.

Na condição de contribuinte NORMAL, apesar de adquirir as mercadorias com alíquotas interestadual, de 7% ou 12%, menos que a alíquota para consumidor final, o autuado assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS relativo a diferença de alíquota, assim como, o devido em relação a antecipação tributária das mercadorias enquadradas na substituição, visto que se não fosse inscrito, teria de suportar o valor da alíquota cheia aplicada nas operações para consumidor final não inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS.

É importante destacar que a decisão judicial colacionada pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0301/15-0**, lavrado contra **CCM – CONSTRUTORA CENTRO MINAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 28.238,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$420,00**, prevista no art. 42, XVIII, alínea “c”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR