

A. I. Nº - 207097.0009/16-1
AUTUADO - GET EMPREENDIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MENDONÇA SOUSA BRITO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.11.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração subsistente. 2. 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. 3. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DMA (DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS). Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2016, objetiva constituir crédito tributário no valor histórico de R\$36.619,41, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico da infração R\$34.782,42. Multa 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

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, relativo a Nota Fiscal 192693. Valor histórico autuado R\$456,99. Multa 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 16.05.04 – Falta de apresentação de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), referente aos exercícios de 2013, 2014 e 2015. Sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00. Multa prevista no art. 42, inciso XV, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 39 a 41, inicialmente frisa que é exclusivamente prestadora de SERVIÇOS CONSTRUÇÃO CIVIL – CNAE 42.22-7-01 - Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas, exceto obras de irrigação, adquirindo insumos em outros Estados da Federação para utilização em suas obras e, nessas operações, pagam ICMS calculado à alíquota interestadual (7% ou 12%), que é menor que a interna (18%).

Salienta que o STJ - Superior Tribunal de Justiça entende que não pode haver cobrança de ICMS nessas hipóteses, pois as construtoras são em regra contribuintes do ISS e se adquirem material em outro Estado sem objetivo de comercialização, não estão obrigadas ao pagamento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual do ICMS.

Ressalta que nos serviços prestados pelas empresas de construção civil não há ato de comércio por isso o ICMS não pode ser cobrado, seja na aquisição, seja como diferencial de alíquotas internas e interestaduais.

Entende que mesmo que uma construtora seja cadastrada no Estado como contribuinte de ICMS, não está obrigada a recolher o referido imposto.

Transcreve decisão do STJ sobre o tema.

Ao final, requer pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta Informação Fiscal, fls. 90 a 91, inicialmente, transcreve às infrações.

Destaca que o contribuinte em questão tem os seguintes dados:

- 1- *Atividade econômica principal - Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas, CNAE FISCAL - 42.22-7-01;*
- 2- *Forma de Apuração do Imposto – C/CORRENTE FISCAL;*
- 3- *Inscrito na condição – NORMAL, desde 01/01/2013.*

Ressalta que o contribuinte, a partir de 01/01/2013, passou a ser inscrito no CAD-ICMS, como empresa ativa, sujeita ao regime normal de apuração do imposto, caracterizando-se como Contribuinte do ICMS.

Realça que não foi encontrado, no sistema da SEFAZ, nenhum Termo de Acordo firmado nos termos do art. 490, do RICMS/12, que permitiria ser tributado em conformidade como Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, ou seja, 3% (art. 485, Parágrafo único, inciso I, no citado regulamento), sendo assim, a partir da sua inclusão no CAD-ICMS na condição de normal, passou a obrigar-se ao pagamento da diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens e mercadorias que efetuar.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

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 multas decorrentes de 03 infrações. Entretanto, a defesa apresentou um único argumento para todas elas, qual seja, que é uma empresa de “*Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas*”, nesta condição não está obrigada a recolher o referido imposto, citando decisão do Superior Tribunal de Justiça.

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 da Bahia, na Condição de Contribuinte Normal, tendo como Forma de Apuração do Imposto (ICMS) Conta Corrente Fiscal, encontra-se obrigado ao recolhido do referido imposto, na forma prevista na legislação.

O RICMS/12 do Estado da Bahia, no Capítulo XLIX, **trata do Regime Simplificado de Construção Civil, em especial o artigo 484, do citado regulamento, estabelece que:**

Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

§ 1º Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção e reparo de estradas de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferiores e superiores de estradas;

III - construção e reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água e de saneamento;

V - execução de terraplenagem e de pavimentação em geral e de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica, hidrelétrica e termoeletrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem e construção de estruturas em geral;

VIII - execução de fundações.

§ 2º Equiparam-se à empresa de construção civil, para fins de adoção do regime simplificado de tributação de que trata este capítulo, a incorporadora imobiliária, o consórcio de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico com fins imobiliários, consórcio de construção civil e construção de condomínio que desenvolvam, conjunta ou isoladamente, atividade 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.

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 temos competência para decretar a inconstitucionalidade de dispositivos legais, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Logo, ficam mantidas às infrações.

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 **147.365.0188/14-0** lavrado contra **GET EMPREENDIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.239,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas, “d” e “f”, VII, alíneas “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por

descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$1.380,00**, prevista no inciso XV, “h”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR