

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0007/15-7
RECORRENTE - PARAGUAÇU ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0039-03/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0160-12/17

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 realizadas por empresas de construção civil signatárias de Termo de Acordo com a SEFAZ/BA. Art's. 484 ao 490 do Decreto nº 13.780/12 c/c 167, III, do RPAF/BA. Alegações defensivas não foram suficientes de mudar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da inconformidade do sujeito passivo pela Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/09/2015 e que exige ICMS no valor total histórico de R\$296.916,53, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 02.15.01 – Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso e consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, nos meses de abril a dezembro do exercício de 2012, de janeiro a dezembro do exercício de 2013 e de janeiro a dezembro do exercício de 2014.

O autuado apresentou impugnação à fl. 34, pedindo pela improcedência da autuação, porém reconhecendo parte do débito, tendo juntado requerimento para geração do DAE (fl. 40) para pagamento no valor de R\$60.479,17, conforme demonstrativo e planilha ora apresentadas.

O autuante por sua vez prestou sua informação fiscal (fls. 44/46), mantendo o lançamento de ofício em sua inteireza.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que votou pela Procedência total do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, verifico, no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, a identificação do sujeito passivo, as descrições das infrações, dos dispositivos da legislação tributária inerentes ao enquadramento e à 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.

Trata o presente PAF de lançamento para cobrança de ICMS nas operações interestaduais de entradas realizadas pelo autuado que possui atividade econômica principal - Código 4120400 - Construção de edifícios, enquadrada na disposição contida no art. 484, §1º, inciso I, do Decreto nº 13.780/12, além de outras atividades elencadas no §2º dos citados artigo e decreto.

Ademais, de acordo com pesquisa no banco de dados da SEFAZ/BA, o sujeito passivo é signatário do Termo de Acordo para Empresa de Construção Civil, de 06/03/12 a 02/02/2016 - esta última, data da baixa cadastral e consequente revogação do referido Termo - com intuito de obter inscrição estadual e adotar tratamento simplificado de tributação do imposto estadual, inclusive, possuindo deferimento para adoção do citado tratamento tributário, através do Parecer SAT/DPF/GECEs nº 3401/2012, diante do pedido formulado no

Processo nº 018177/2012-7, com data de cadastramento 31/01/2012, conforme fls. 51 a 56.

Os argumentos defensivos apresentados carecem de comprovação, em face da acusação fiscal formulada decorrente da imputação do percentual de 3% (três por cento), prevista no art. 485, caput, do Decreto nº 13.780/12, notadamente, quanto às operações não destinadas ao estado da Bahia.

Dessa forma, o impugnante não se desincumbiu do ônus processual relativo à comprovação, nos autos, de fato extintivo, modificativo ou impeditivo, com o fim de elidir a acusação fiscal, inclusive, aquele relativo às hipóteses do art. 485, Parágrafo único, do Decreto nº 13.780/12.

Assim, é cabível a imposição estatal descrita neste PAF, nos termos dos art's. 484 ao 490 do Decreto nº 13.780/12, vigentes à época dos fatos geradores imputados c/c art. 167, inciso III, do RPAF/BA, evidenciada nos documentos acostados pela autuante, às fls. 19 a 26.

Considero, portanto, caracterizado o lançamento tributário promovido, conforme demonstrativos da autuante acostados às fls. 19 a 26, pelas razões acima aduzidas, inclusive, pelas disposições contidas nos art's. 140, 141 e 143, do RPAF/BA.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela devendo ser homologados os valores pagos.

Inconformado com a Decisão de piso, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 71/80.

Alega de início, que o Regime Simplificado de tributação para empresas de construção civil não se aplica a operações que possuam empresas optantes pelo Simples Nacional, além de não ser possível a cobrança, pelo Estado da Bahia, de ICMS relativo a produtos não empregados na construção civil e adquiridos fora do seu território.

Lembra que o Poder Judiciário há tempo firmou jurisprudência no sentido de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS e, portanto, não se sujeitam ao pagamento do diferencial de alíquotas nas suas compras interestaduais. Para sustentar esta tese, transcreve a Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça.

Entende que um mero termo de acordo não é capaz, por si só, de gerar obrigação tributária. Explica que essa conclusão é extraída da própria definição de tributo prevista no art. 3º do CTN, segundo o qual “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, **instituída em lei** e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Reitera que tributo não pode ser instituído por acordo das partes, mas unicamente por meio de lei (e esta lei deve ser constitucional, significando lei em consonância com o nosso sistema tributário constitucional) para explicar que o termo de acordo nada mais é do que um instrumento precário, incapaz de criar sujeição passiva.

Explica que na qualidade de não contribuintes, as construtoras deveriam suportar apenas a alíquota interna do Estado de origem das mercadorias, de regra de 17% ou 18%, nada sendo devido ao Estado de destino (neste caso, a Bahia).

Explica que nesse precário modelo do regime simplificado implantado pelo estado da Bahia, ganha a construtora (que sofreu uma carga tributária minorada), ganha o Estado da Bahia (que recebe um imposto inconstitucional) e perde o Estado de origem da mercadoria (que deixa de arrecadar o que lhe compete, a integralidade do ICMS incidente na operação).

Entende desta forma, que o tal termo de acordo, derivado do Regime Simplificado Para Empresa de Construção Civil, somente se aplica nas hipóteses em que houver redução da carga tributária pela adoção da alíquota interestadual pela construtora, pois, caso contrário, bastaria ela adquirir o produto na qualidade de não contribuinte, nada recolhendo ao Estado da Bahia, observando o Inciso I do Parágrafo único do Art. 485 do RICMS/12.

Explica que a carga tributária incidente na operação de venda de empresa optante pelo Simples é sempre igual, sendo irrelevante se a mercadoria teve destino interno ou para outro Estado da Federação, pois as empresas optantes do simples nacional paga o ICMS invariavelmente pela tabela prevista na Lei Complementar nº 123, pouco importando se a sua saída for interna ou

interestadual.

Desta forma, entende que pela ótica da construtora, a carga suportada na operação interestadual promovida por empresa do Simples não sofre qualquer alteração pelo uso do Regime Simplificado, exatamente por não haver uma alíquota interestadual neste caso.

Não obstante, assevera que uma há clara violação do princípio da tipicidade na cobrança de ICMS sobre as compras oriundas de empresas do Simples, considerando que não há qualquer referência a esta cobrança no Termo de Acordo, nem mesmo no art. 485 e seguintes do Regulamento.

Aduz que se fosse interesse fazendário cobrar este “diferencial”, deveria o Estado da Bahia promover a alteração do Regime Simplificado para Empresa de Construção Civil, passando a contemplar expressamente a cobrança do ICMS nas compras de mercadorias de empresas optantes pelo Simples.

Por fim, pede que sejam excluídas as compras de mercadorias de empresas optantes pelo Simples Nacional, assim como as que foram praticadas com alíquotas menores do que às interestaduais do Estado da Bahia, conforme planilha anexa, o que conduzirá à improcedência total do lançamento.

Alega também o recorrente que no demonstrativo disponibilizado pela Fiscalização, há diversos produtos que foram adquiridos que em nada se relaciona com a construção civil. Tratam de alimentos e congêneres utilizados para a alimentação de seus trabalhadores em situações que não necessariamente estejam ligadas a obras de construção.

Dessa forma, entende que não sendo os produtos de alimentação e congêneres aplicados na construção civil, não é aplicável o regime simplificado e, por consequência lógica, não incide ICMS do Estado da Bahia, quando adquiridos fora do seu território.

Conclui sua tese recursal requerendo a realização de diligência fiscal, a ser procedida por Auditor Fiscal estranho ao feito ou pelo próprio autuante, para que seja possível comprovar que todas as operações que foram atribuídas alíquota 0% são, em verdade, operações efetuadas com empresas sujeitas ao Simples Nacional e, deste modo, excluídas do acordo firmado de regime simplificado.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$296.916,53, em decorrência da suposta falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas do ramo de construção civil.

Da análise dos fatos descritos no processo entendo que não há razões para modificar a Decisão recorrida.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Analisando as planilhas que compõe o lançamento de ofício, presentes na mídia registrada na fl. 30, verifiquei que a grande maioria das notas relacionadas refere-se à material de limpeza, material de expediente e aquisição de alimentos e bebidas.

O autuado em linhas gerais alega não ser devido o ICMS pelo regime simplificado a qual fez jus, por ter adquirido mercadorias de fornecedores optantes do Simples Nacional, estes que recolhem o ICMS invariavelmente pela tabela prevista na Lei Complementar nº 123, pouco importando se a sua saída for interna ou interestadual e que sequer havia previsão na legislação estadual tratando desta situação.

Ocorre que o recorrente ao celebrar o Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda para obter inscrição no cadastro e fazer jus ao regime simplificado, o fez de forma espontânea, declarando sua condição de contribuinte e comprometendo-se ao cumprimento dos termos do regime simplificado previstos no RICMS, em especial no art. 485, vigente à época.

E sendo contribuinte do ICMS, assim como os demais da condição de normal, é devido o ICMS à título de diferença de alíquotas, quando da aquisição de mercadorias, material de uso e consumo e/ou ativo fixo oriundos de outros estados, mesmo quando adquiridos de empresas optantes do Simples Nacional. A diferença é que no caso desta lide o percentual equivale à 3%, em virtude da condição oferecida pelo estado às empresas do ramo de construção civil.

Ademais, esse também é o entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria. Vejamos o Parecer DITRI/GECOT nº 6734/2013 de 22/03/2013, o qual elucida, de forma esclarecedora, o tema em questão:

"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 ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO JF Nº 0163-03.16 8 permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme estabelece o inciso IV do art.487 do RICMS/12". (grifo nosso).

Em que pese conhecer as recentes Decisões do STJ e STF, que exclui a possibilidade de cobrança da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de insumos utilizados na prestação de serviço, nas atividades de construção, todas são no sentido de desonerar a tributação sobre os materiais empregados como insumos nas obras que as construtoras executam, o que não ficou caracterizado nesta lide, tampouco foi demonstrado ou questionado pelo autuado.

Por fim, com fulcro no art. 147, inciso I, "a" do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Embora concorde com os termos do voto proferido pelo nobre relator, devo frisar que o caput do art. 485 do RICMS/12 prevê a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais não somente de bens do ativo ou de uso/consumo, mas também de mercadorias, conforme abaixo.

"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 (grifo acrescido),

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.
...”

Assim, o sujeito passivo se vinculou à obrigação regulamentar instituída pelo artigo 485 (transcrito) por força do termo de acordo que firmou com o Estado da Bahia, em função do qual desfrutou de um tratamento jurídico favorecido ao se apresentar, nas suas relações negociais, como contribuinte do imposto.

Por conseguinte, deve recolher o percentual de 3% em todas as aquisições que realizar, enquanto desfrutar de tal condição, ou seja, inscrito no regime simplificado de tributação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0007/15-7** lavrado contra **PARAGUAÇU ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$296.916,53**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – VOTO EM SEPARADO

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS