

**PROCESSO** - A. I. Nº 269353.0801/15-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IGUATEMI CONSTRUÇÕES LTDA.  
**RECORRIDOS** - IGUATEMI CONSTRUÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0154-04/16  
**ORIGEM** - INFAS ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 14/06/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0177-12/17**

**EMENTA:** ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. TRATAMENTO SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO. Obrigatoriedade de pagamento do ICMS pelas empresas de construção civil, signatárias do Termo de Acordo para adoção do tratamento simplificado de tributação “*nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo*”. Foram excluídas as notas fiscais canceladas, com mercadorias isentas ou imunes e cuja tributação foi feita com a alíquota interna dos Estados de localização das empresas fornecedoras. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVADO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVADO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/10/2015 que exige ICMS no valor total histórico de R\$158.289,59, 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 outubro a dezembro do exercício de 2012, de janeiro a dezembro do exercício de 2013 e de janeiro a dezembro do exercício de 2014 e de janeiro a agosto de 2015.*

O autuado apresentou impugnação às fl. 35 a 40 elencando uma série de defeitos no lançamento de ofício, pedindo pela revisão da autuação, conforme planilhas e cópias de notas fiscais ora apresentadas.

O autuante por sua vez prestou sua informação fiscal (fls. 44/46), acatando parte dos argumentos defensivos quanto aos valores exigidos, no que tange as mercadorias amparadas pela isenção do ICMS, tais como “livros”, bem como no que se refere as notas fiscais comprovadamente canceladas pelo emitente, reduzindo portanto o valor originalmente cobrado para R\$140.927,35, conforme planilha acosta aos autos na fl. 505 e mídia da fl. 506.

O autuado veio novamente aos autos, para apresentar a sua manifestação (fls. 514 a 518), repetindo as alegações de sua peça defensiva.

Após a manifestação do sujeito passivo, o autuante apresentou nova informação fiscal (fl. 573) mantendo o seu entendimento anterior.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, nos seguintes termos:

**VOTO**

*O ICMS foi lançado, neste auto de infração, sob a acusação de que o autuado, signatário do Termo de Acordo*

previsto no Capítulo XLIX do RICMS/12, e alterações posteriores, deixou de recolher o imposto devido em aquisições interestaduais de mercadorias, materiais de uso ou consumo e bens do ativo, com base no Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, no período de outubro de 2012 e agosto de 2015.

Pelo citado Termo de Acordo, o autuado declarou-se contribuinte do ICMS e comprometeu-se a cumprir o estabelecido no regime simplificado que previa a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, tudo de acordo com os artigos 484 a 490 do RICMS/12, como a seguir transcrita (redação da época dos fatos geradores – outubro de 2012 a agosto de 2015):

**Redação originária, efeitos até 31/12/15:**

“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 termoelétrica;

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.”

**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.”

**Redação originária, efeitos até 31/12/15:**

“Art. 486. O imposto calculado na forma deste capítulo será recolhido até o dia 25 (vinte e cinco) do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no Estado.”

“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..”.

**Redação originária, efeitos até 31/12/15:**

“Art. 490. Para obter inscrição no cadastro e adotar o regime simplificado de que trata este capítulo, 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.

§ 1º No requerimento de solicitação de celebração do termo de acordo, o interessado deverá declarar sua condição de contribuinte do ICMS e comprometer-se ao cumprimento dos termos do regime simplificado.

§ 2º A Gerência de Comércio e Serviços - GECES deverá emitir parecer opinativo sobre a regularidade fiscal do contribuinte previamente a celebração do termo de acordo e, após a celebração, acompanhar o seu fiel cumprimento.”

*Em resumo, pelas normas regulamentares acima reproduzidas, depreende-se que a empresa de construção civil, detentora de Termo de Acordo, estava obrigada a recolher o ICMS, no percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, materiais de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no território baiano.*

*Algumas condições e exceções foram inseridas na legislação para o gozo do regime simplificado:*

1. *vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais;*
2. *não exigência do 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;*
3. *não exigência do recolhimento do imposto no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular;*
4. *desoneração do pagamento do imposto relativo às operações internas subsequentes, exceto em relação à venda de mercadorias para terceiro não contratante da obra ou serviço;*
5. *dispensa do pagamento do imposto nas operações interestaduais de transferência de mercadorias ou bens;*
6. *obrigação de recolher o imposto nas operações de importação de mercadorias do exterior;*
7. *dispensa para o remetente da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária.*

*Em sua impugnação o sujeito passivo argumentou que foram cometidos alguns equívocos na ação fiscal, dentre os quais a inclusão de notas fiscais cujas operações de saídas foram isentas ou imunes ou que haviam sido canceladas pelos seus emitentes (fls. 98 a 108 e 130 a 136), o que foi acatado pelos autuantes, que excluíram os documentos fiscais de suas planilhas, apurando novo débito de R\$140.927,35 (planilha constante do compact disk juntado à fl. 569).*

*O autuado apontou ainda a existência de outros erros na autuação, como a seguir detalhado (o que não foi acolhido pelos prepostos fiscais), sob a alegação de que foram incluídas indevidamente:*

- A)** *as notas fiscais nºs 526, 535, 547, 548, 574, 577, 594, 317, 328, 349, 366 e 398 referentes, segundo o sujeito passivo, “a peças alocadas na prestação de serviço incluídas pelo prestador na “Ordem de Serviço”, e que sequer transitou de uma Federação para outra. Ou seja, não houve frete de um estado para outro. O próprio responsável pela manutenção e reparo do equipamento substituiu as peças no momento do reparo na sede da autuada” (sic), em afronta ao inciso I do parágrafo único do artigo 7º e os artigos 380 a 383, do RICMS/12, bem como ao Convênio ICMS 27/07” (sic), conforme os documentos de fls. 109 a 129 -*

*Pelo exame da documentação percebo que se trata de notas fiscais destinadas ao autuado, e não ao prestador de serviço emitente da Ordem de Serviço nº 1157 (fl. 126), remetidas pelas seguintes empresas:*

1. *UILSON VENANCIO DOS SANTOS – ME, CNPJ nº 13.305.419/0001-01, localizada em Santa Catarina e cadastrada na atividade de “comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente”, não constando, no documento fiscal, nenhuma observação que me leve à conclusão de que se trata de material aplicado por um prestador de serviços contratado pelo contribuinte;*
2. *FA COMERCIO E MANUTENCAO DE EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUCAO CIVIL LTDA - ME, CNPJ nº 08.608.855/0001-01, situada em Santa Catarina e cadastrada na atividade de “comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente”, não constando, no documento fiscal, nenhuma observação que me leve à conclusão de que se trata de material aplicado por um prestador de serviços contratado pelo contribuinte.*

*Em consequência, concluo que não restou provado o argumento do sujeito passivo, devendo incidir a regra ínsita no artigo 485, inciso I, do RICMS/12 (mantidos os documentos fiscais na autuação).*

- B)** *as notas fiscais de aquisições interestaduais de insumos aplicados nas obras, com a incidência da alíquota interna de 12%, em consonância, segundo o impugnante, com o artigo 485, parágrafo único, inciso I, do RICMS/12, que prevê a dispensa do pagamento do imposto, conforme os documentos de fls. 137 a 264 -*

*Verifico, pela análise da documentação, que se trata de mercadorias remetidas por contribuintes situados nos Estados de Pernambuco, Espírito Santo, Alagoas, Rio Grande do Sul, Maranhão, Pará, Minas Gerais, Santa Catarina, Alagoas, Sergipe, São Paulo e Paraná, com o ICMS destacado à alíquota de 12%.*

*Logicamente cabia ao autuado transcrever, em sua peça de defesa, a legislação de cada unidade federativa capaz de amparar a sua alegação, de que a alíquota usada (12%) era realmente a prevista para as operações internas no Estado onde se localizava cada remetente das mercadorias, o que não foi feito.*

Competia igualmente aos autuantes conferir, nos documentos fiscais, se havia alguma menção à legislação do Estado de origem dos fornecedores, apta a embasar a alíquota de 12%, e até mesmo pesquisar a legislação do Estado de origem das mercadorias, no intuito de rebater as alegações defensivas, o que também não foi levado a efeito, providência evidentemente necessária, uma vez que a legislação baiana condiciona a obrigação de recolher o ICMS ao que prevê a legislação das unidades federadas de localização dos fornecedores.

Apesar de não constar, nos documentos fiscais emitidos pelos contribuintes situados em Pernambuco, Espírito Santo, Alagoas, Rio Grande do Sul, Maranhão e Pará, nenhuma observação de que o percentual de 12% aplicado era realmente a alíquota interna no Estado de origem, examinei a legislação tributária de cada ente federativo acima referido, chegando às seguintes conclusões:

1. *notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Pernambuco (nºs 1260, 1310, 1311, 1316, 1317, 1324, 1325, 1333, 1338, 1339, 1361, 1362, 1363, 1364, 12240, 2968, 2970, 2980, 2981, 3002, 3003 e 3033), de venda de GIPSITA DESIDRATADA P/ REVESTIMENTO, FORRO DE GESSO VIP 4.90 e GESSO REVESTIMENTO*

O item 2 da alínea "f" do inciso I do artigo 25 do RICMS/PE, aprovado pelo Decreto nº 14.876/91, previa, à época dos fatos geradores, a alíquota interna de 7% nas operações de saídas com "gipsita, gesso e derivados", inferior inclusive à alíquota de 12% indicada nas notas fiscais.

Sendo assim, deve incidir a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias, materiais ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais acima mencionadas.

Veja-se a legislação citada:

**Art. 25.** As alíquotas do imposto são as seguintes:

**I** - nas operações e prestações internas e de importação, conforme indicadas em cada hipótese: (Dec. 28.870/2006)

(...)

**f) 7% (sete por cento), nas operações internas e de importação realizadas com:** (Dec. 25.929/2003)

(...)

**2. gipsita, gesso e derivados, conforme relacionados no Anexo Único da Lei nº 11.456, de 22 de julho de 1997, a partir de 01 de agosto de 1997 (Lei nº 11.456, de 22.02.97); (Dec. 20.734/98)**

2. *notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Espírito Santo (nºs 18069, 13511 e 32224), de aquisição de CONJ. CAIXAS POLIFASICAS PRETA, CASTELHANOS BEGE 8,5X44 A – Lote, CLASSIC BRANCO 8X37 A – Lote, ELETROD FLEX CORRUG AMARELO 25MM - 50M, CX RETANG 4X2 AMARELA REF. EMB 24PCSCAA 4X2 e ELETROD FLEX CORRUG AMARELO 32MM - 25M (NCM/SH 85354090, 69089000, 69079000, 39172300, 39172300 e 39172300, respectivamente) -*

Como se pode verificar da transcrição do inciso II do artigo 71 do RICMS/ES, aprovado pelo Decreto nº 1090-R/02, as mercadorias listadas nas notas fiscais oriundas do Estado do Espírito Santo não se encontravam, à época dos fatos geradores, incluídas na incidência da alíquota interna de 12% e sim na alíquota interestadual. Devem ser mantidas, assim, na autuação as notas fiscais acima mencionadas.

Veja-se a legislação citada:

**Art. 71.** As alíquotas do imposto são:

(...)

**II - doze por cento:**

*Nova redação dada à alínea "a" pelo Decreto n.º 3.185-R, de 27.12.12, efeitos a partir de 01.01.13:*

**a) nas operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes, observado o disposto no inciso VII;**

**Redação original**, efeitos até 31.12.12:

**a) nas operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes;**

**b) nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, exceto nas prestações de serviços de transporte aéreo interestadual de passageiro, carga e mala postal, para as quais fica estabelecida a alíquota de quatro por cento;**

**c) no fornecimento de energia elétrica, consumida exclusivamente na produção agrícola, inclusive de**

irrigação;

- d) no fornecimento de energia elétrica para consumidores de até cinqüenta quilowatts-hora/mês;
- e) nas saídas internas e interestaduais de leite e banana;
- f) nas operações internas e interestaduais realizadas com calcário e pedra marroada de mármore, adubos simples ou compostos e fertilizantes;
- g) nas entradas e saídas de mercadorias de cooperativas de consumo de servidores públicos;

**Nova redação dada à alínea “h” pelo Decreto n.º 1.196-R, de 04.08.03, efeitos a partir de 01.08.03:**

**Nova redação dada à alínea “h” pelo Decreto n.º 1.196-R, de 04.08.03, efeitos a partir de 01.08.03:**

**\*Em relação ao código NBM/SH 8711, a alíquota aplicável no período compreendido entre 01/01/16 e 29/02/16 foi de 17% (Lei n.º 10.416/15), aplicando-se novamente a alíquota de 12% a partir de 01/03/16 (Lei n.º 10.499/16)**

h) nas operações internas e de importação com veículos automotores classificados nos códigos 8701.20.00, 8701.20.0200, 8701.20.9900, 8702.10.00, 8702.10.0100, 8702.10.0200, 8702.10.9900, 8702.90.0000, 8703.21.9900, 8703.22.0101, 8703.22.0199, 8703.22.0201, 8703.22.0299, 8703.22.0400, 8703.22.0501, 8703.22.0599, 8703.22.9900, 8703.23.0101, 8703.23.0199, 8703.23.0201, 8703.23.0299, 8703.23.0301, 8703.23.0399, 8703.23.0401, 8703.23.0499, 8703.23.0700, 8703.23.0500, 8703.23.1001, 8703.23.1002, 8703.23.1099, 8703.23.9900, 8703.24.0101, 8703.24.0199, 8703.24.0201, 8703.24.0299, 8703.24.0300, 8703.24.0500, 8703.24.0801, 8703.24.0899, 8703.24.9900, 8703.32.0400, 8703.32.0600, 8703.33.0200, 8703.33.0400, 8703.33.0600, 8703.33.0900, 8704.21, 8704.22, 8704.23, 8704.31, 8704.32, 8706.0010, 8706.00.0100, 8706.00.0200, 8706.00.90 e 8711 da NBM/SH;

**Nova redação dada a alínea “i” pelo Decreto n.º 1.263-R, de 30.12.03, efeitos a partir de 01.01.04:**

i) nas operações de que trata o art. 10, § 3.º, exceto nas saídas do importador para estabelecimento varejista estabelecido neste Estado ou para consumidor final;

**Alínea “j” revogada pelo Decreto n.º 1.261-R, de 29.12.03, efeitos a partir de 30.12.03:**

j) – Revogado;

**Nova redação dada à alínea “k” pelo Decreto n.º 3.200-R, de 10.01.13, efeitos a partir de 11.01.13**

k) nas operações com óleo diesel e biodiesel (B-100);

**Redação anterior dada à alínea “k” pelo Decreto n.º 1.570-R, de 03.11.05, efeitos de 01.01.06 a 10.01.13:**

k) óleo diesel;

**Alínea “l” incluída pelo Decreto n.º 3.200-R, de 10.01.13, efeitos a partir de 11.01.13**

l) nas operações internas com os produtos classificados nos códigos NCM/SH 8903.92.00 e 8903.99.00;

3. notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Alagoas (nºs 11705 e 13259), de aquisição de EVAP. LG 12000BTUS HW MOD TSNC122TMA0, COND. LG 12000BTUS MOD.TSUC122TMA0, EVAP. LG 7500BTUS HW MOD TSNC072YMA1, COND. LG 7500BTUS MOD.TSUC072YMA1 e SPLIT SAMSUNG MAX PLUS 12000BTUS MOD.AS12UWBUZAZ (NCM/SH 84159000 e 84151011) -

Como se pode perceber da transcrição do inciso II do artigo 73 do RICMS/AL, aprovado pelo Decreto nº 35.245/91, as mercadorias listadas nas notas fiscais oriundas do Estado de Alagoas não se encontravam, à época dos fatos geradores, incluídas na incidência da alíquota interna e sim na alíquota interestadual de 12%. Devem ser mantidas, assim, as notas fiscais acima mencionadas.

Veja-se a legislação citada:

**Art. 73.** As alíquotas do imposto, a partir de 1º de janeiro de 1996, são as seguintes: \*

I - nas operações e prestações internas e na importação de mercadorias e bens e serviços do exterior:

a) 25 % (vinte e cinco por cento) para:

(...)

b) 17% (dezessete por cento), nos demais casos;

II – nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços ao

contribuinte do imposto:

a) 4% (quatro por cento):

1. a partir de 16 de dezembro de 1996, nos serviços de transporte aéreo (Resolução nº 95/96 do Senado Federal; Lei Estadual nº 5.900/96, alterada pela Lei Estadual nº 5.979/97); e

2. a partir de 1º de janeiro de 2013, nas operações com bens e mercadorias importados do exterior, observado o disposto nos §§ 3º e 4º (Resolução nº 13/12 do Senado Federal).

b) 12% (doze por cento), nos demais casos.

\*Nova redação dada ao inciso II do art. 73 pelo Decreto n.º 25.900/13.

4. notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Rio Grande do Sul (nºs 584572, 586689 e 586910), de aquisição de elevadores prediais (NCM/SH 84281000) -

A alínea "h" do inciso VI do artigo 27 do RICMS/RS, aprovado pelo Decreto nº 37.699/97 previa, à época dos fatos geradores, a alíquota interna de 12% nas operações de saídas com "máquinas e aparelhos relacionados no Apêndice I, Seção III".

No item IV da Seção III do Apêndice I do RICMS/RS foram incluídos os "Elevadores e monta-cargas", NCM/SH 8428.10.00, justamente o produto constante nas notas fiscais incluídas nesta infração.

Como resultado, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais acima mencionadas.

Veja-se a legislação citada:

**Art. 27** - As alíquotas do imposto nas operações internas são:

(...)

**VI** - 12% (doze por cento), quando se tratar das seguintes mercadorias: (Redação dada pelo art. 1º, I (Alteração 339), do Decreto 38.779, de 18/08/98. (DOE 19/08/98) - Efeitos a partir de 19/08/98.)

**h)** a partir de 1º de julho de 2010, máquinas e aparelhos relacionados no Apêndice I, Seção III; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3313) do Decreto 47.718, de 28/12/10. (DOE 29/12/10) - Efeitos a partir de 01/01/11.)

## APÊNDICE I

### ALÍQUOTAS - OPERAÇÕES INTERNAS

#### Seção III

MERCADORIAS SUJEITAS À ALÍQUOTA REFERIDA NO LIVRO I, ART. 27, VI, "h" (Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

NOTA - A alíquota prevista no dispositivo referido é de 12%. (Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

Item	Mercadorias	Classificação na NBM/SH-NCM
<b>IV</b>	<b>Elevadores e monta-cargas</b>	<b>8428.10.00</b>
V	Outros aparelhos elevadores ou transportadores, de ação contínua, para mercadorias	8428.3
XVII	Máquinas e aparelhos para obras públicas, construção civil ou trabalhos semelhantes, com função própria	8479.10"

(Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

5. notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Maranhão (nºs 1929, 334, 335, 844 e 857), de aquisição de diversos tipos de madeira serrada (NCM/SH 44072990, 44072940, 44090000 e 44032000) -

Como se depreende da transcrição do inciso II do artigo 28 do RICMS/MA, aprovado pelo Decreto nº 19.714/03, as mercadorias listadas nas notas fiscais oriundas do Estado do Maranhão não se encontravam, à época dos fatos geradores, incluídas na incidência da alíquota interna e sim na alíquota interestadual de 12%. Devem ser mantidas, assim, as notas fiscais acima mencionadas.

Veja-se a legislação citada:

**Art. 28.** As alíquotas do ICMS são:

(...)

**II - de 12% (doze por cento):**

*a) nas operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes do imposto;*

(...)

*c) nas operações internas e de importação do exterior, quando realizadas com os seguintes produtos:*

*1 - adubos, fertilizantes, corretivos de solo, sementes certificadas ou fiscalizadas, rações balanceadas e seus componentes, e sal mineral;*

*2 - gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino, bem como os produtos de sua matança, em estado natural, resfriado ou congelado;*

*3 - tijolos, telhas, lajotas, manilhas e outros, resultantes de cerâmica vermelha;*

*d) nas operações internas, no fornecimento de energia elétrica:*

*1 - utilizada, comprovadamente, no processo de irrigação rural;*

*2 - para os consumidores residenciais, até 500 quilowatts/hora.*

*e) nas operações internas com os seguintes produtos de informática:*

(...)

*f) nas operações internas de saídas promovidas pelas indústrias de manufaturas diversas de metais comuns;*

*g) nas prestações internas de serviço de transporte aéreo; (Convênio ICMS 120/96);*

*h) nas prestações interestaduais de serviço de transporte aéreo de pessoa, carga e mala postal, quando tomadas por não contribuinte do ICMS ou a este destinadas;*

*i) nas operações internas de saída de pedra granítica britada;*

*j) nas operações internas com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais e implementos e tratores agrícolas não beneficiados pela redução da base de cálculo prevista Convênio ICMS 52/91, de 26 de setembro de 1991.*

**III - de 17% (dezessete por cento):**

*a) nas operações internas com mercadorias;*

(...)

*§ 1º Nas operações que destinem mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, o fornecedor deve adotar a alíquota interna deste Estado.*

*§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, em duas vias, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano, com a seguinte destinação:*

*6. notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Pará (nºs 1262, 1263, 2547 e 3414), de aquisição de diversos tipos de madeira serrada (NCM/SH 44072990) -*

*Como se pode verificar da transcrição do inciso IV do artigo 20 do RICMS/PA, aprovado pelo Decreto nº 4.676/01, as mercadorias listadas nas notas fiscais oriundas do Estado do Pará não se encontravam, à época dos fatos geradores, incluídas na incidência da alíquota interna e sim na alíquota interestadual de 12%. Devem ser mantidas, assim, as notas fiscais acima mencionadas.*

*Veja-se a legislação citada:*

**Art. 20.** As alíquotas internas são seletivas em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, na forma seguinte:

(...)

**IV - a alíquota de 12% (doze por cento):**

*a) nas operações com fornecimento de refeições;*

*b) nas operações com veículos automotores novos, quando estas sejam realizadas ao abrigo do regime jurídico-tributário da sujeição passiva por substituição, com retenção do imposto relativo às operações subsequentes;*

**V - a alíquota de 7% (sete por cento), na entrada de máquinas e equipamentos importados do exterior,**

destinados ao ativo permanente do estabelecimento industrial ou agropecuário, importador;

VI - a alíquota de 17% (dezessete por cento), nas demais operações e prestações.  
(...)

**Art. 21.** Nas operações e prestações interestaduais, as alíquotas são:

I - 12% (doze por cento):

- a) na saída de mercadorias do território paraense com destino à outra unidade da Federação;
- b) na entrada de mercadorias em território paraense proveniente das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e do Estado do Espírito Santo;

**Art. 22.** Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

I - a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

II - a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.

Quanto aos demais documentos fiscais, relativos a mercadorias originadas dos Estados de Minas Gerais, Sergipe, Santa Catarina, São Paulo e Paraná, constatei o seguinte:

1. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais (nºs 53482 e 53771), de aquisição de "CABO FOREPLAST BWF-B FLEXIVEL 1C x 2.50 MM2 0,75 KV", NCM/SH 85449000, no mês de dezembro de 2012, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: "VENDA A NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. ALÍQUOTA INTERNA 12%, CONFORME ART. 42, INC. I, ALIN. B.37 DO DECRETO 43080/02 ALTERADA P/ DECRETO 44754/08..." -

O RICMS/MG, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, estabelece, em seu artigo 42, inciso I, alínea "b.37" o que segue:

**Art. 42.** As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12% (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

b.37) fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio, classificados na subposição 7413.00.00 e nas posições, 7605, 7614 e 8544 da NBM/SH, exceto a subposição 8544.70; (Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, "a", ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008).

Em conclusão, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 53482 e 53771 da autuação.

2. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Sergipe (nºs 56262, 56263, 58755, 58756, 60623, 60624, 61372, 61373, 61852, 61823, 62330, 62331, 64980, 64981, 65910, 65911, 66497, 66498, 67383, 67384, 68160, 68161, 69000, 69846, 69847, 71209, 71210, 75794, 75795 e 702877), de aquisição de "Cal Trevo CH 1", nos meses de abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, março, maio e setembro de 2014, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: "... ICMS 12,00%..., CONFORME ART. 630, ITEM III DECRETO 21.400/2002..." -

O RICMS/SE, aprovado pelo Decreto nº 21.400/02, estabelece, em seu artigo 630, inciso III, o seguinte (vigente à época dos fatos geradores):

**Art. 630.** No transporte de mercadoria cuja operação de circulação seja realizada a preço CIF, sendo o transporte efetuado:

(...)

**III - por transportador autônomo:**

a) sendo o remetente inscrito na condição de contribuinte normal, assumindo a condição de sujeito passivo por substituição, o documento fiscal que acobertar a circulação da mercadoria servirá, também, para acobertar o transporte, caso em que, na Nota Fiscal, o remetente da mercadoria ou o depositário, conforme o caso, fará constar, além das demais indicações exigidas:

I - o destaque do ICMS sobre o valor de sua própria operação, se devido;

- 2 - a expressão:** "Frete incluído no preço da mercadoria" ou "Venda a preço CIF";  
**3 - a expressão:** "ICMS sobre transporte retido";  
**4 - o valor do frete e a base de cálculo do imposto referente ao frete, se diferente daquele, bem como a alíquota aplicada;**  
**5 - o destaque do ICMS retido relativo ao frete;**  
**6 - a expressão:** "Documento válido como Conhecimento de Transporte - Transportado por autônomo";  
(...)

Percebe-se claramente que o dispositivo regulamentar citado no documento fiscal nada tem a ver com a alíquota do imposto estadual de mercadorias nas operações realizadas no território sergipano.

O RICMS/SE trata das alíquotas aplicáveis às operações com mercadorias no artigo 40, como a seguir transcrita (redação da época dos fatos geradores - 2013 e 2014):

**Art. 40.** As alíquotas do ICMS são as seguintes, observado o disposto no art. 40-A deste Regulamento:

**I - 18% (dezento por cento) nas operações e prestações internas, ainda que iniciadas no exterior, ressalvadas as alíquotas a seguir indicadas (Lei nº 8.039/2015);**

(...)

**Redação Original: Vigência até 31/12/2015**

**II - 12% (doze por cento) nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias ou serviços a contribuintes do imposto;**

(...)

**§ 1º** Aplica-se, ainda, a alíquota interna:

**I - REVOGADO**

**Revogado inciso I pelo Decreto n.º 21.881/03, efeitos a partir de 03/06/2003.**

**Redação Original: Vigência até 02/06/2003**

**I – nas saídas de mercadorias com destino à empresa de construção civil, obras hidráulicas, e outras assemelhadas, inclusive de serviços auxiliares ou complementares, estabelecida em outra Unidade Federada;**

(...)

**III – REVOGADO**

**Revogado o inciso III pelo Decreto n.º 30.113/2015, efeitos a partir de 1º/01/2016.**

**Redação Original: Vigência até 31/12/2015**

**Acrescentado o inciso III pelo Decreto n.º 22.675/04, efeitos a partir de 03/02/2004.**

**III - nas operações e prestações interestaduais destinadas a não contribuinte do imposto.**

Pela legislação acima reproduzida, depreende-se que a alíquota interna no Estado de Sergipe é de 18%, sendo 12% a alíquota para as operações de saídas interestaduais que destinassem (à época) mercadorias ou serviços a contribuintes do ICMS.

Há ainda uma previsão de incidência de 12% nas seguintes hipóteses (não relacionadas com o objeto da presente autuação):

**Art. 40.** As alíquotas do ICMS são as seguintes, observado o disposto no art. 40-A deste Regulamento:

(...)

**VIII - 12% (doze por cento) nas seguintes hipóteses:**

**a) com alimentação e bebidas fornecidas em restaurantes e bares, desd que classificados como empreendimentos de interesse turístico, sejam portadores de Certificado de Registro da Empresa Brasileira de Turismo - EMBRATUR, e obtenham, anualmente, da Empresa Sergipana de Turismo - ENSETUR, parecer técnico confirmando a referida classificação;**

**b) com os produtos da cesta básica abaixo indicados, observado, o disposto no art. 787 deste Regulamento:**

Pelo exposto, devem ser mantidas, neste lançamento, as notas fiscais expedidas pelos remetentes localizados em Sergipe.

3. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Santa Catarina (nºs 285959, 130913 e 130914), de aquisição de azulejos e pisos (NCM/SH 69089000 e 69079000), nos meses de fevereiro e julho de 2013, foi mencionada, no campo *Informações Complementares*, a seguinte observação: "... Alíquota interna 12%..., cfe art. 26, III, j, RICMS/SC (NCM 6907 E 6908)...” -

O RICMS/SC, aprovado pelo Decreto nº 2.870/01, em seu artigo 26, inciso III, alínea “j”, dispõe o seguinte (vigente à época dos fatos geradores):

**Art. 26.** As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

**I** - 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II, III e IV;

(...)

**III** - 12% (doze por cento) nos seguintes casos:

(...)

**j) ladrilhos e placas de cerâmica**, exclusivamente para pavimentação ou revestimento, classificados segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado – NBM/SH nas posições 6907 e 6908 (Lei nº 13.742/06);

Consequentemente, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 285959, 130913 e 130914 da autuação.

4. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Paraná (nºs 447869, 447871, 447873, 448707, 448710 e 448711), de aquisição de elevadores prediais (NCM/SH 84281000), em março de 2015, foi mencionada, no campo *Informações Complementares*, a seguinte observação: “Resolução do Senado Federal nº 13/12”.

A Resolução do Senado Federal nº 13/12 trata apenas da “alíquota de 4% referente ao ICMS incidente nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior”, nada tendo a ver com a presente autuação.

Contudo, o RICMS/PR, aprovado pelo Decreto nº 6.080/12, em seu artigo 14, inciso II, alínea “t”, prevê o que se segue (redação da época dos fatos geradores):

**Art. 14.** As alíquotas internas são, conforme o caso e de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), assim distribuídas (art. 14 da Lei n. 11.580/1996, com redação dada pela Lei n. 16.016/2008):

(...)

**Redação original do inciso II em vigor de 1º.10.2012 até 31.03.2015:**

**II** - alíquota de doze por cento nas prestações de serviço de transporte intermunicipal e nas operações com os seguintes bens e mercadorias:

(...)

**t) elevadores e monta-cargas (8428.10); escadas e tapetes rolantes (8428.40); partes de elevadores (8431.31); eixos, exceto de transmissão e suas partes (8708.5) e outros reboques e semirreboques, para transporte de mercadorias (8716.3);**

Dessa forma, concluo que incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 447869, 447871, 447873, 448707, 448710 e 448711 da autuação.

5. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de São Paulo (nºs 128308, 4488, 145288, 145537, 146131, 146577, 148013, 149248, 160071, 379378 e 346217), de aquisição de “Telas Gerdau”, “Espaçador Gerdau” e “PE PR 403 D - Cor AZUL GLACIAL” (NCM/SH 73142000, 73084000 e 69081000), nos meses de outubro de 2012, junho, julho e dezembro de 2013, foi mencionada, no campo *Informações Complementares*, a seguinte observação: “ALÍQUOTA REDUZIDA PAR. 1 C/C INC. 7 ART. 54 DEC. 45490/00”;

O RICMS/SP, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00, estabelecia o seguinte (redação à época dos fatos geradores):

**Artigo 52 -** As alíquotas do imposto, salvo exceções previstas nos artigos 53, 54, 55 e 56-B, são:

*I - nas operações ou prestações internas, ainda que iniciadas no exterior, 18% (dezoito por cento);*

*II - nas operações interestaduais que destinarem mercadorias aos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, assim como nas prestações interestaduais cujo destino seja estes Estados, 7% (sete por cento), observado o disposto no § 2º;*

(...)

**Artigo 54 - Aplica-se a alíquota de 12% (doze por cento) nas operações ou prestações internas com os produtos e serviços adiante indicados, ainda que se tiverem iniciado no exterior (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, itens 2, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 18, 19 e 20 e § 6º, o terceiro na redação da Lei 9.399/96, art. 1º, VI, o quarto na redação da Lei 9.278/95, art. 1º, I, o quinto ao décimo acrescentados, respectivamente, pela Lei 8.198/91, art. 2º, Lei 8.456/93, art. 1º, Lei 8.991/94, art. 2º, I, Lei 9.329/95, art. 2º, I, Lei 9.794/97, art. 4º, Lei 10.134/98, art. 1º, o décimo primeiro e o décimo segundo acrescentados pela Lei 10.532/00, art. 1º, o último acrescentado pela Lei 8991/94, art. 2º, II):**

(...)

**VII - ferros e aços não planos comuns, indicados no § 1º;**

**VIII - produtos cerâmicos e de fibrocimento, indicados no § 2º;**

(...)

*§ 1º - Os produtos a que se refere o inciso VII são os adiante indicados, observada a classificação segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - NBM/SH:*

(...)

**4 - armações de ferro prontas, para estrutura de concreto armado ou argamassa armada, 7308.40.00;**

**5 - grades e redes, soldadas nos pontos de interseção, de fios com, pelo menos, 3 mm na maior dimensão do corte transversal e com malhas de 100 cm<sup>2</sup> ou mais, de superfície de aço, não revestidas, para estruturas ou obras de concreto armado ou argamassa armada, 7314.20.00;**

(...)

*§ 2º - Os produtos a que se refere o inciso VIII são os adiante indicados, observada a classificação segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH:*

(...)

**18 - armações treliçadas para lajes, 7308.40.00.**

(...)

**20 - ladrilhos e placas de cerâmica, exclusivamente para pavimentação ou revestimento, 6907 e 6908 (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, item 15, alínea "u", acrescentada pela Lei 12.220/06); (Item acrescentado pelo Decreto 50.473, de 20-01-2006; DOE 21-01-2006; Efeitos para os fatos geradores ocorridos a partir de 10 de janeiro de 2006)**

(...)

**Artigo 56-A - Na operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, deverá ser aplicada a alíquota interna (Lei 6.374/89, art. 34, § 3º, na redação do inciso XVIII do art. 1º da Lei 10.619/00). (Artigo acrescentado pelo Decreto 47.278, de 29-10-2002; DOE 30-10-2002; Efeitos a partir de 30-10-2002 até 01-01-2016)**

Sendo assim, concluo que incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 128308, 4488, 145288, 145537, 146131, 146577, 148013, 149248, 160071, 379378 e 346217 da autuação.

**C) insumos adquiridos por meio das notas fiscais nºs 1110005, 1089730, 1095760 e 1095761 (fls. 265 a 289), com ICMS calculado à alíquota de 12%, segundo o autuado “para comporem as dependências, exclusivamente, do condomínio das obras concluídas e oferecidas como objeto de convivência aos adquirentes dos imóveis”.**

O sujeito passivo acrescentou que “as Notas Fiscais foram emitidas pelo Fornecedor determinando que as vendas são parte de “Operação Acobertada por Sentença Proferida na Ação Ordinária NRO 0149996-45.2009.8.05.0001, em Trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador”. (sic)

Analizando os documentos verifico que se trata de notas fiscais emitidas pela empresa Estok Comércio e Representações S/A, CNPJ nº 49.732.175/0010-99, situada na Estrada dos Alpes, 935, bairro de Jardim Belval, em Barueri, no Estado de São Paulo e, de acordo com a informação ali constante, a alíquota de 12% foi adotada em face de liminar concedida pela Justiça baiana, como se observa a seguir:

*“Informações Complementares de Interesse do Contribuinte*

*Descrição*

9736DC01D7932DEE24609CFEEAD9910 A Ped.: 035 0336927 de 15/10/2013 Cond. pgto.: PAGTO ATO ICMS 12% NAS OPER. INTERNAS OU NAS OPER.E PREST. QUE DESTIN. MERC. OU SERVS. A NAO CONTRIB. DE OUTRA UF. ART.54, XIII E ART. 56 DO RICMS DEC.45490/00. OPERACAO INTERESTADUAL COM DESTINO A NAO CONTRIBUINTE DO ICMS, GERADA PELO PEDIDO DE VENDA NRO 336927, EMITIDO PELA FILIAL DE SALVADOR, IE 64338800. OPERACAO ACOBERTADA POR SENTENCA PROFERIDA NA ACAO ORDINARIA NRO 0149996-45.2009.8.05.0001, EM TRAMITE NA 1A VARA DA FAZENDA PUBLICA DA COMARCA DE SALVADOR.V.BASE FRETE:1.563,75”.

Ocorre que o contribuinte não carreou aos autos fotocópias da petição inicial da ação ordinária e da decisão judicial para que se pudesse confirmar os termos do pedido e a extensão da liminar deferida. Desse modo, hão de ser mantidas as notas fiscais no presente lançamento de ofício.

**D)** mercadorias que não circularam no Estado da Bahia, “haja vista terem sido oriundas de outras Federações para o estado de Sergipe no município de Estância, local da construção de imóveis do Programa Minha Casa Minha Vida, obra do FAR conforme se constata dos bojos das Notas Fiscais relacionadas nas Planilhas de números 1 a 12, e constantes do Tópico VI” (fls. 293 a 497); o autuado observou, ainda, que, consoante a Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2010, “as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”

Em análise às notas fiscais mencionadas pelo contribuinte, constatei que, em algumas delas, realmente consta a observação (no campo de Informações Complementares) que o “material destina-se a obra residencial Jardim Alecrim, Programa Minha Casa Minha Vida”, na cidade de Estância, Estado de Sergipe.

Todavia, as mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento autuado, situado no território do Estado da Bahia, e, consequentemente, as operações submetem-se às regras contidas no Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda baiana.

Quanto à Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça, entendo inaplicável ao caso concreto em face da adesão do autuado ao citado Termo de Acordo previsto no artigo 484, e seguintes, do RICMS/12.

Em consequência, mantenho as notas fiscais na autuação.

**E)** aquisições de insumos a empresas optantes do Simples Nacional e enquadrados na substituição tributária; o contribuinte requereu a concessão de prazo para “a análise de identificação de tais produtos”, salientando que encontrou “dificuldade ampliada pela legislação que diferencia a Federação remetente da Federação de destino se é ou não Signatária do acordo, e na mesma situação inclui-se os insumos de revenda oriundos de importação”. (sic)

Neste item o sujeito passivo limitou-se a requerer mais prazo para identificar os produtos, o que indefiro, tendo em vista que não houve demonstração de força maior que o impedissem de, no prazo de defesa, apresentar as comprovações necessárias à desconstituição do lançamento de ofício.

Ademais, nos termos da legislação multicitada, as aquisições realizadas a contribuintes optantes pelo Simples Nacional não estão contempladas na regra de exclusão do regime simplificado aplicável ao autuado.

Reitero que esse também é o entendimento da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, como se pode depreender da leitura do Parecer DITRI/GECOT nº 6734/2013, cuja ementa transcrevo a seguir:

**“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.”

Em consequência, mantenho as notas fiscais na autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, conforme o demonstrativo abaixo:

Mês	Exercício	Valor do ICMS na Informação Fiscal	Valor do ICMS após a JJF
Outubro	2012	2.066,84	28,02
Novembro	2012	2.642,77	272,48
Dezembro	2012	1.125,21	0,00
Janeiro	2013	8.655,63	8.562,48
Fevereiro	2013	858,01	849,83
Março	2013	1.960,15	1.960,15

<i>Abril</i>	<i>2013</i>	<i>3.786,80</i>	<i>3.786,80</i>
<i>Maio</i>	<i>2013</i>	<i>11.297,15</i>	<i>4.170,19</i>
<i>Junho</i>	<i>2013</i>	<i>9.737,55</i>	<i>7.151,95</i>
<i>Julho</i>	<i>2013</i>	<i>8.658,53</i>	<i>6.841,73</i>
<i>Agosto</i>	<i>2013</i>	<i>1.694,65</i>	<i>1.694,65</i>
<i>Setembro</i>	<i>2013</i>	<i>1.505,67</i>	<i>1.505,67</i>
<i>Novembro</i>	<i>2013</i>	<i>4.674,46</i>	<i>4.493,44</i>
<i>Dezembro</i>	<i>2013</i>	<i>6.812,81</i>	<i>6.620,35</i>
<i>Janeiro</i>	<i>2014</i>	<i>2.927,66</i>	<i>2.927,66</i>
<i>Fevereiro</i>	<i>2014</i>	<i>2.284,81</i>	<i>2.284,81</i>
<i>Março</i>	<i>2014</i>	<i>3.086,88</i>	<i>3.086,88</i>
<i>Abril</i>	<i>2014</i>	<i>1.178,34</i>	<i>1.178,34</i>
<i>Maio</i>	<i>2014</i>	<i>1.607,59</i>	<i>1.607,59</i>
<i>Junho</i>	<i>2014</i>	<i>1.622,93</i>	<i>1.622,93</i>
<i>Julho</i>	<i>2014</i>	<i>417,45</i>	<i>417,45</i>
<i>Agosto</i>	<i>2014</i>	<i>640,79</i>	<i>640,79</i>
<i>Setembro</i>	<i>2014</i>	<i>565,71</i>	<i>565,71</i>
<i>Outubro</i>	<i>2014</i>	<i>7.168,30</i>	<i>7.168,30</i>
<i>Novembro</i>	<i>2014</i>	<i>8.147,20</i>	<i>7.814,82</i>
<i>Dezembro</i>	<i>2014</i>	<i>5.301,31</i>	<i>5.301,31</i>
<i>Janeiro</i>	<i>2015</i>	<i>2.077,88</i>	<i>1.715,00</i>
<i>Fevereiro</i>	<i>2015</i>	<i>5.228,98</i>	<i>5.228,98</i>
<i>Março</i>	<i>2015</i>	<i>26.072,67</i>	<i>1.923,93</i>
<i>Abril</i>	<i>2015</i>	<i>3.808,21</i>	<i>3.721,21</i>
<i>Maio</i>	<i>2015</i>	<i>1.447,51</i>	<i>1.186,51</i>
<i>Junho</i>	<i>2015</i>	<i>1.230,69</i>	<i>1.230,69</i>
<i>Julho</i>	<i>2015</i>	<i>570,03</i>	<i>570,03</i>
<i>Agosto</i>	<i>2015</i>	<i>66,19</i>	<i>66,19</i>
<b>TOTAL</b>		<b>140.927,35</b>	<b>98.196,87</b>

A Junta de Julgamento recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA.

Inconformado com a decisão de piso, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 603 a 605.

Alega que recebeu mercadorias de outros estados pela alíquota interna de ICMS, totalizando o valor de R\$15.044,21 (conforme planilha impressa acostada aos autos), o qual pede exclusão da cobrança, conforme determina o Inciso I do parágrafo único do Artigo 485 do RICMS/12, segundo o qual *não há do que se exigir o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem*.

Entende também que não caberia a exigência do ICMS - Regime Simplificado sobre as mercadorias adquiridas em outras unidades na federação e que foram entregues no canteiro da obra jardim alecrim, na cidade de Estância-SE, referente ao programa MCMV (conforme planilha impressa acostada aos autos). Detalha que sobre tais notas foi cobrado ICMS no valor de R\$14.225,08, o qual a requerente pede exclusão por não ter havido circulação das mercadorias no Estado da Bahia.

Explica que o canteiro de obras, estrutura fundamental numa construção civil, é isenta do registro no CNPJ como Filial, entretanto, é esta estrutura que recebe as mercadorias adquiridas para aplicação nas construções a que se destinam. Aduz que esta situação sempre foi aceita por todas as Entidades Federadas, do mesmo modo como a obrigação de pagar as mercadorias adquiridas e a aplicá-las nas obras seja de responsabilidade do CNPJ da matriz já que o canteiro de obras não é uma Filial. Desta forma, como não existiu trânsito das Mercadorias adquiridas dentro do Estado da Bahia, não há incidência do ICMS, ou seja, não existe parâmetro que indique fato gerador para o Estado da Bahia.

Alega que a Súmula 432 de Superior Tribunal de Justiça determinou que as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais. Ressalta que a legislação do ICMS é complexa, a exemplo de um

mesmo produto vindo de federações diferentes e o Estado da Bahia não ser signatário de uma delas. Torna-se ainda mais complexa quando a revenda das mercadorias é feita por empresas optantes do Simples Nacional. Por fim, questiona a baixa da inscrição estadual de todas as construtoras no Estado da Bahia e as novas regras para apuração da DIFAL.

Com base nos fatos e fundamentos apresentados, requer o conhecimento e o provimento do presente recurso.

#### **VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)**

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 4<sup>a</sup> JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora Recorrente, ICMS no valor histórico de R\$158.289,59, em decorrência do cometimento de uma única infração, de falta de recolhimento do imposto pelo Regime Simplificado exigível às empresas de construção civil nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, referente aos exercícios de 2012 a 2015.

O Recurso de Ofício refere-se basicamente a duas situações.

Primeiro quanto ao ajuste do demonstrativo de débito realizado pelo próprio autuante, que reduziu o lançamento original para R\$140.927,35, em virtude de ter sido cobrado indevidamente o imposto sobre as aquisições de livros (imunes à impostos) e sobre as notas fiscais comprovadamente canceladas pelo emitente. A relatora de piso acatou o ajuste, decisão que mantendo.

A segunda situação refere-se ao ajuste procedido dessa vez pela i. Conselheira de piso, no que tange as aquisições de mercadorias e insumos oriundos de outros estados, contudo com aplicação da alíquota interna do estado de origem, ainda que essa alíquota tenha sido inferior àquela normalmente utilizada em cada estado.

A Relatora realizou um minucioso trabalho, visando garantir o direito do contribuinte e a verdade dos fatos, quando buscou conhecer na legislação de cada estado relacionado a alíquota aplicável aos produtos, a fim de apreciar se havia ou não procedência no pleito defensivo. Nisso, restou comprovado que em 6 estados havia previsão para utilização da alíquota inferior àquela normalmente praticada nas vendas internas, conforme pesquisa que abaixo reproduzo:

#### **Pernambuco:**

1. *notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Pernambuco (nºs 1260, 1310, 1311, 1316, 1317, 1324, 1325, 1333, 1338, 1339, 1361, 1362, 1363, 1364, 12240, 2968, 2970, 2980, 2981, 3002, 3003 e 3033), de venda de GIPSITA DESIDRATADA P/ REVESTIMENTO, FORRO DE GESEN VIP 4.90 e GESEN REVESTIMENTO*

*O item 2 da alínea “f” do inciso I do artigo 25 do RICMS/PE, aprovado pelo Decreto nº 14.876/91, previa, à época dos fatos geradores, a alíquota interna de 7% nas operações de saídas com “gipsita, gesso e derivados”, inferior inclusive à alíquota de 12% indicada nas notas fiscais.*

#### **Rio Grande do Sul:**

1. *notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Rio Grande do Sul (nºs 584572, 586689 e 586910), de aquisição de elevadores prediais (NCM/SH 84281000) -*

*A alínea “h” do inciso VI do artigo 27 do RICMS/RS, aprovado pelo Decreto nº 37.699/97 previa, à época dos fatos geradores, a alíquota interna de 12% nas operações de saídas com “máquinas e aparelhos relacionados no Apêndice I, Seção III”.*

*No item IV da Seção III do Apêndice I do RICMS/RS foram incluídos os “Elevadores e monta-cargas”, NCM/SH 8428.10.00, justamente o produto constante nas notas fiscais incluídas nesta infração.*

*Como resultado, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais acima mencionadas.*

Veja-se a legislação citada:

**Art. 27** - As alíquotas do imposto nas operações internas são:

(...)

**VI** - 12% (doze por cento), quando se tratar das seguintes mercadorias: (Redação dada pelo art. 1º, I (Alteração 339), do Decreto 38.779, de 18/08/98. (DOE 19/08/98) - Efeitos a partir de 19/08/98.)

**h)** a partir de 1º de julho de 2010, máquinas e aparelhos relacionados no Apêndice I, Seção III; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3313) do Decreto 47.718, de 28/12/10. (DOE 29/12/10) - Efeitos a partir de 01/01/11.)

## APÊNDICE I

### ALÍQUOTAS - OPERAÇÕES INTERNAS

#### Seção III

**MERCADORIAS SUJEITAS À ALÍQUOTA REFERIDA NO LIVRO I, ART. 27, VI, "h"** (Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

**NOTA** - A alíquota prevista no dispositivo referido é de 12%. (Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

Item	Mercadorias	Classificação na NBM/SH-NCM
<b>IV</b>	<b>Elevadores e monta-cargas</b>	<b>8428.10.00</b>
V	Outros aparelhos elevadores ou transportadores, de ação contínua, para mercadorias	8428.3
XVII	Máquinas e aparelhos para obras públicas, construção civil ou trabalhos semelhantes, com função própria	8479.10"

(Aumentado pelo art. 2º (Alteração 3144) do Decreto 47.346, de 01/07/10. (DOE 02/07/10) - Efeitos a partir de 01/07/10.)

#### Minas Gerais:

6. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais (nºs 53482 e 53771), de aquisição de "CABO FOREPLAST BWF-B FLEXIVEL 1C x 2.50 MM2 0,75 KV", NCM/SH 85449000, no mês de dezembro de 2012, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: "VENDA A NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. ALÍQUOTA INTERNA 12%, CONFORME ART. 42, INC. I, ALIN. B.37 DO DECRETO 43080/02 ALTERADA P/ DECRETO 44754/08..." -

O RICMS/MG, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, estabelece, em seu artigo 42, inciso I, alínea "b.37" o que segue:

**Art. 42.** As alíquotas do imposto são:

**I** - nas operações e prestações internas:

(...)

**b)** 12% (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

**b.37) fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio, classificados na subposição 7413.00.00 e nas posições, 7605, 7614 e 8544 da NBM/SH, exceto a subposição 8544.70; (Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2015 - Aumentado pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, "a", ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008).**

Em conclusão, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 53482 e 53771 da autuação.

#### Santa Catarina:

7. nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de Santa Catarina (nºs 285959, 130913 e 130914), de aquisição de azulejos e pisos (NCM/SH 69089000 e 69079000), nos meses de fevereiro e julho de 2013, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: "... Alíquota interna 12%..., cfe art. 26, III, j, RICMS/SC (NCM 6907 E 6908)... -

O RICMS/SC, aprovado pelo Decreto nº 2.870/01, em seu artigo 26, inciso III, alínea "j", dispõe o seguinte (vigente à época dos fatos geradores):

**Art. 26.** As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas, inclusive na entrada de mercadoria

*importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:*

*I - 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II, III e IV;*

*(...)*

*III - 12% (doze por cento) nos seguintes casos:*

*(...)*

*j) ladrilhos e placas de cerâmica, exclusivamente para pavimentação ou revestimento, classificados segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado – NBM/SH nas posições 6907 e 6908 (Lei nº 13.742/06);*

*Consequentemente, incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 285959, 130913 e 130914 da autuação.*

#### **Paraná:**

8. *nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado do Paraná (nºs 447869, 447871, 447873, 448707, 448710 e 448711), de aquisição de elevadores prediais (NCM/SH 84281000), em março de 2015, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: “Resolução do Senado Federal nº 13/12”.*

*A Resolução do Senado Federal nº 13/12 trata apenas da “alíquota de 4% referente ao ICMS incidente nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior”, nada tendo a ver com a presente autuação.*

*Contudo, o RICMS/PR, aprovado pelo Decreto nº 6.080/12, em seu artigo 14, inciso II, alínea “t”, prevê o que se segue (redação da época dos fatos geradores):*

*Art. 14. As alíquotas internas são, conforme o caso e de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), assim distribuídas (art. 14 da Lei n. 11.580/1996, com redação dada pela Lei n. 16.016/2008):*

*(...)*

***Redação original do inciso II em vigor de 1º.10.2012 até 31.03.2015:***

***II - alíquota de doze por cento nas prestações de serviço de transporte intermunicipal e nas operações com os seguintes bens e mercadorias:***

*(...)*

*t) elevadores e monta-cargas (8428.10); escadas e tapetes rolantes (8428.40); partes de elevadores (8431.31); eixos, exceto de transmissão e suas partes (8708.5) e outros reboques e semirreboques, para transporte de mercadorias (8716.3);*

*Dessa forma, concluo que incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 447869, 447871, 447873, 448707, 448710 e 448711 da autuação.*

#### **São Paulo:**

9. *nas notas fiscais emitidas por contribuintes localizados no Estado de São Paulo (nºs 128308, 4488, 145288, 145537, 146131, 146577, 148013, 149248, 160071, 379378 e 346217), de aquisição de “Telas Gerdau”, “Espaçador Gerdau” e “PE PR 403 D - Cor AZUL GLACIAL” (NCM/SH 73142000, 73084000 e 69081000), nos meses de outubro de 2012, junho, julho e dezembro de 2013, foi mencionada, no campo Informações Complementares, a seguinte observação: “ALÍQUOTA REDUZIDA PAR. 1 C/C INC. 7 ART. 54 DEC. 45490/00”;*

*O RICMS/SP, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00, estabelecia o seguinte (redação à época dos fatos geradores):*

***Artigo 52 - As alíquotas do imposto, salvo exceções previstas nos artigos 53, 54, 55 e 56-B, são:***

*I - nas operações ou prestações internas, ainda que iniciadas no exterior, 18% (dezoito por cento);*

*II - nas operações interestaduais que destinarem mercadorias aos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, assim como nas prestações interestaduais cujo destino seja estes Estados, 7% (sete por cento), observado o disposto no § 2º;*

(...)

**Artigo 54 - Aplica-se a alíquota de 12% (doze por cento) nas operações ou prestações internas com os produtos e serviços adiante indicados, ainda que se tiverem iniciado no exterior (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, itens 2, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 18, 19 e 20 e § 6º, o terceiro na redação da Lei 9.399/96, art. 1º, VI, o quarto na redação da Lei 9.278/95, art. 1º, I, o quinto ao décimo acrescentados, respectivamente, pela Lei 8.198/91, art. 2º, Lei 8.456/93, art. 1º, Lei 8.991/94, art. 2º, I, Lei 9.329/95, art. 2º, I, Lei 9.794/97, art. 4º, Lei 10.134/98, art. 1º, o décimo primeiro e o décimo segundo acrescentados pela Lei 10.532/00, art. 1º, o último acrescentado pela Lei 8991/94, art. 2º, II):**

(...)

**VII - ferros e aços não planos comuns, indicados no § 1º;**

**VIII - produtos cerâmicos e de fibrocimento, indicados no § 2º;**

(...)

**§ 1º - Os produtos a que se refere o inciso VII são os adiante indicados, observada a classificação segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - NBM/SH:**

(...)

**4 - armações de ferro prontas, para estrutura de concreto armado ou argamassa armada, 7308.40.00;**

**5 - grades e redes, soldadas nos pontos de interseção, de fios com, pelo menos, 3 mm na maior dimensão do corte transversal e com malhas de 100 cm<sup>2</sup> ou mais, de superfície de aço, não revestidas, para estruturas ou obras de concreto armado ou argamassa armada, 7314.20.00;**

(...)

**§ 2º - Os produtos a que se refere o inciso VIII são os adiante indicados, observada a classificação segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH:**

(...)

**18 - armações treliçadas para lajes, 7308.40.00.**

(...)

**20 - ladrilhos e placas de cerâmica, exclusivamente para pavimentação ou revestimento, 6907 e 6908 (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, item 15, alínea "u", acrescentada pela Lei 12.220/06); (Item acrescentado pelo Decreto 50.473, de 20-01-2006; DOE 21-01-2006; Efeitos para os fatos geradores ocorridos a partir de 10 de janeiro de 2006)**

(...)

**Artigo 56-A - Na operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, deverá ser aplicada a alíquota interna (Lei 6.374/89, art. 34, § 3º, na redação do inciso XVIII do art. 1º da Lei 10.619/00). (Artigo acrescentado pelo Decreto 47.278, de 29-10-2002; DOE 30-10-2002; Efeitos a partir de 30-10-2002 até 01-01-2016)**

Sendo assim, concluo que incide a regra do inciso I do parágrafo único do artigo 485 do RICMS/12, segundo a qual não se exige o recolhimento do ICMS, ao Estado da Bahia, na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem. Devem ser excluídas, portanto, as notas fiscais nºs 128308, 4488, 145288, 145537, 146131, 146577, 148013, 149248, 160071, 379378 e 346217 da autuação.

Por todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, 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.

O recorrente tece três linhas de defesa, anexando ao PAF duas planilhas com notas relacionadas as quais entende não ser devido a cobrança do ICMS pelo regime simplificado. Na primeira, indaga que não se pode cobrar ICMS nas aquisições de mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do imposto com base na alíquota interna do Estado de origem, com supedâneo no Inciso I, do Parágrafo único do Art. 485 do RICMS/BA/12.

Observei pela planilha apresentada pelo recorrente, que as notas elencadas referem-se a aquisições dos estados de Alagoas, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Sergipe e São Paulo. Há duas alíquotas informadas, sendo que apenas uma NF consta alíquota "0", sendo as demais alíquota de 12%.

Como se sabe, a alíquota do ICMS nas operações interestaduais com contribuintes da região norte, nordeste, centro-oeste e do Espírito Santo é de 12%. Analisei algumas notas por amostragem e constatei que tal alíquota foi utilizada corretamente, como também na natureza da operação consta “venda de mercadoria à contribuinte do imposto”. Sendo assim, a alegação do autuado de que o fornecedor usou alíquota interna do estado de destino não deve prosperar.

Já quanto ao estado de São Paulo, entendo caber razão ao recorrente. Além da natureza da operação constar que a venda se realizou para um não contribuinte do ICMS (CFOP 6.108), consta a fundamentação legal utilizada para aplicação da alíquota de 12%, isso sem falar que nas aquisições da região sudeste, a alíquota interestadual aplicável nas vendas à contribuintes da região nordeste é de 7%. Abaixo reproduzo texto do dispositivo citado nas notas fiscais oriundas de São Paulo:

*Artigo 54 - Aplica-se a alíquota de 12% (doze por cento) nas operações ou prestações internas com os produtos e serviços adiante indicados, ainda que se tiverem iniciado no exterior (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, itens 2, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 18, 19 e 20 e § 6º, o terceiro na redação da Lei 9.399/96, art. 1º, VI, o quarto na redação da Lei 9.278/95, art. 1º, I, o quinto ao décimo acrescentados, respectivamente, pela Lei 8.198/91, art. 2º, Lei 8.456/93, art. 1º, Lei 8.991/94, art. 2º, I, Lei 9.329/95, art. 2º, I, Lei 9.794/97, art. 4º, Lei 10.134/98, art. 1º, o décimo primeiro e o décimo segundo acrescentados pela Lei 10.532/00, art. 1º, o último acrescentado pela Lei 8991/94, art. 2º, II):*

*XIII - segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, no tocante às saídas:*

*a) assentos - 9401, exceto os classificados no código 9401.20.00 (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, 19, "a", na redação da Lei 10.708/00, art. 3º); (Redação dada à alínea "a" pelo inciso III do artigo 1º do Decreto 45.644 de 26/01/2001; DOE 27/01/2001; efeitos a partir de 01/01/2001);*

- a) assentos - 9401;*
- b) móveis - 9403;*
- c) suportes elásticos para camas - 9404.10;*
- d) colchões - 9404.2;*

A Nota Fiscal nº 1830 refere-se à aquisição de empresa optante pelo simples nacional, por essa razão a alíquota consta na planilha com alíquota “0”. Essa é uma tese que refuto, pois não consta qualquer regra de exclusão do regime simplificado aplicável para o caso em tela.

Ademais, esse também é o entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria. Vejamos a ementa do 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.*

Entende também que não caberia a exigência do ICMS pelo Regime Simplificado sobre as mercadorias adquiridas em outras unidades na federação e que foram entregues no canteiro da obra jardim alecrim, na cidade de Estância-SE.

Todavia, as mercadorias foram adquiridas pela autuada, as notas fiscais foram emitidas contra o seu CNPJ, não existe previsão legal para entrega de mercadorias em canteiros de obras, quando estes se localizam fora do estado da Bahia. O correto era a empresa ter aberto Filial no estado de Sergipe, pois nesse caso, ainda que a NF de venda tivesse sido emitida contra o CNPJ da autuada, a NF de remessa da mercadoria seria emitida contra a suposta Filial, em operação de venda à ordem. Desta forma, a simples informação constante nas notas fiscais de aquisição de que as mercadorias foram entregues em outro estado não possui o condão de legalizar a operação e dispensar a exigência do imposto.

Por fim, alegou que a Súmula 432 de Superior Tribunal de Justiça determinou que as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais, tese esta que coaduno-me, reforçando o meu entendimento

conforme exponho abaixo.

O hoje revogado Art. 485 do RICMS/BA (abaixo reproduzido), que tratava da forma de cálculo do ICMS pelo regime simplificado, determinava a aplicação de 3% sobre as aquisições interestaduais de mercadorias, de material de uso ou consumo e/ou bens do ativo imobilizado.

*"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."*

É notório, interpretando a redação do caput do Art. 485 acima reproduzido, que o legislador baiano ofereceu ao prestador de serviço de construção civil (dentre outras atividades), a possibilidade de pagamento de 3% de ICMS aplicável sobre o valor da operação de aquisição interestadual, em substituição à diferença de alíquotas de 5%, 10% ou 13% aplicável para os demais contribuintes que apuram pelo regime normal de tributação, à título de DIFAL, caracterizando ao meu ver uma clara e manifesta intenção de alterar a sujeição ativa da obrigação principal, pois nesse modelo do regime simplificado implantado pelo estado da Bahia, ganhavam as construtoras (que sofreu uma carga tributária minorada), o Estado da Bahia (que recebeu um imposto de forma indevida) e perdia o Estado de origem da mercadoria, esse sim o sujeito ativo da relação e que deixou de arrecadar o que imposto lhe competia, ou seja, a integralidade do ICMS incidente na operação.

A própria Constituição Federal, à época dos fatos, determinava em seu Art. 155, §2º, Inciso VII, alínea “b”, a utilização da alíquota interna do estado de origem, nas operações interestaduais de mercadorias a consumidor final não contribuinte do ICMS. E é desta forma que se comportava o estabelecimento autuado, como um não contribuinte do ICMS, no que tange a aquisição das mercadorias objeto desse lançamento de ofício, pois pela característica de cada uma delas podemos inferir que tais mercadorias foram utilizadas na prestação de serviço de construção de edifícios (atividade esta desenvolvida pelo contribuinte), já que não há nos autos qualquer informação quanto a atividade de mercancia que porventura tenha sido praticado pelo sujeito passivo, isso sem falar que o próprio RICMS/BA dispensava as construtoras, incorporadoras e afins, da escrituração de livros fiscais, inclusive da Escrituração Fiscal Digital, obrigatória para **todos os demais contribuintes**, conforme previa o Inciso I, do Parágrafo 1º do Art. 488 (grifos nossos).

Em que pese o sujeito passivo ter celebrado o Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda para fazer jus ao regime simplificado, não posso fechar os olhos para as recentes decisões pacificadas do STJ e STF, que exclui a possibilidade de cobrança da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de insumos utilizados nas atividades de construção civil, prestada por ela ou por terceiro contratado, conforme reproduzido abaixo:

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (...). 2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Consequentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in 'Construção Civil - ISS ou ICMS', Documento: 20254461 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - in RDT 69, pg. 253, Malheiros)." (REsp 149.946/MS). 3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. " (REsp 1.135.489/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 1º.2.2010.)*

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que da mesma forma e amparado

nos mesmos argumentos do STJ se manifesta de forma reiterada pela não incidência de ICMS, nas operações interestaduais de aquisição de insumos desta natureza:

*RE 472146 AgR / AM - AMAZONAS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 13/05/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11- 06-2014 AGTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS AGDO.(A/S): CONSTRUTORA COLMÉIA LTDA ADV.(A/S): JOSÉ ELDAIR DE SOUZA MARTINS*

*EMENTA: IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – EMPRESAS DECONSTRUÇÃO CIVIL – ALÍQUOTA – DIFERENÇA – INSUMOS – AQUISIÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – EXIGÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE. As Turmas do Supremo reconheceram não ser devido o diferencial de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS quando da aquisição, por empresas dedicadas à construção civil, de insumos empregados na consecução de obras da espécie.*

*AI 557373 AgR / BA - BAHIA AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 28/02/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29- 03-2012 Parte(s) RELATOR: MIN. AYRES BRITTO AGTE.(S): ESTADO DA BAHIA PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA AGDO.(A/S) : ARCLIMA ENGENHARIA LTDA ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS NOGUEIRA REIS*

*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL UTILIZADO COMO INSUMO EM OBRA DECONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENCIAL DA ALÍQUOTA. NÃO CABIMENTO. 1. A jurisprudência a do Supremo Tribunal Federal entende que as empresas de construção civil não estão compelidas à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário, quando adquirem, em Estado que pratique alíquota mais favorável, material a ser utilizado como insumo em suas obras. 2. Agravo regimental desprovido.*

Por todo exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)**

Peço vênia ao nobre relator para manifestar entendimento divergente relativamente à matéria, mais especificamente, naquilo que se refere à aplicação, ao presente caso, da Súmula 432 do Superior Tribunal de Justiça, nos termos que segue.

O presente lançamento decorre da aplicação das regras atinentes ao regime simplificado de tributação, previsto no art. 485 do RICMS/12, cujo texto reproduzo 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.*  
*...”*

Embora o sujeito passivo se enquadre como uma empresa de construção civil, goza de um tratamento de contribuinte do ICMS, por força da assinatura de um “termo de acordo” com a SEFAZ/BA, por força do qual se comprometeu a respeitar os seus termos, conforme prevê o § 1º do art. 490 do RICMS/12, abaixo reproduzido.

*“Art. 490. Para obter inscrição no cadastro e adotar o regime simplificado de que trata este capítulo, 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.*

*§ 1º No requerimento de solicitação de celebração do termo de acordo, o interessado deverá declarar sua condição de contribuinte do ICMS e comprometer-se ao cumprimento dos termos do regime simplificado (grifo acrescido).*

*...”*

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.

O dispositivo regulamentar citado introduziu uma sistemática que se traduz num regime jurídico *sui generis*, pois molda o surgimento da obrigação tributária não apenas e simplesmente com base na lei, mas também a partir de um “Termo de Acordo”, firmado com o sujeito passivo, manifestando a sua anuência com o regime, de forma que fica obrigado a recolher o ICMS Diferencial de Alíquotas, à base de 3% sobre o valor das aquisições interestaduais que fizer no período.

Por conseguinte, deve recolher o percentual de 3% em todas as aquisições que realizar, não somente de bens do ativo ou de uso/consumo, mas também de mercadorias, enquanto desfrutar de tal condição, ou seja, inscrito no regime simplificado de tributação.

Não poderia, portanto, o sujeito passivo evadir-se da responsabilidade tributária decorrente de ato seu, cujos termos lhe traz benefícios indiscutíveis, na medida em que possibilita a aquisição interestadual com pagamento de diferencial de alíquotas de apenas 3%.

Nesse sentido, soa cristalino que a exigência fiscal se encontra estribada numa interpretação do art. 485 que guarda harmonia com o micro-sistema do ICMS, restando procedente o lançamento.

Dou provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento apenas os documentos fiscais oriundos do Estado de São Paulo, tributados com a alíquota interna daquela unidade federada, conforme destacou o relator.

O valor total do auto de infração fica, em consequência, reduzido para R\$92.833,48, em conformidade com o demonstrativo abaixo:

Mês	Exercício	Valor do ICMS na Informação Fiscal	Valor do ICMS após a JJF	Valor do ICMS após a CJF
Outubro	2012	2.066,84	28,02	28,02
Novembro	2012	2.642,77	272,48	272,48
Dezembro	2012	1.125,21	0	0
Janeiro	2013	8.655,63	8.562,48	8.562,48
Fevereiro	2013	858,01	849,83	849,83
Março	2013	1.960,15	1.960,15	1.960,15
Abril	2013	3.786,80	3.786,80	3.786,80
Maio	2013	11.297,15	4.170,19	4.170,19
Junho	2013	9.737,55	7.151,95	7.151,95
Julho	2013	8.658,53	6.841,73	6.841,73
Agosto	2013	1.694,65	1.694,65	1.694,65
Setembro	2013	1.505,67	1.505,67	1.505,67
Novembro	2013	4.674,46	4.493,44	3.077,69
Dezembro	2013	6.812,81	6.620,35	3.523,97
Janeiro	2014	2.927,66	2.927,66	2.927,66
Fevereiro	2014	2.284,81	2.284,81	1.520,35
Março	2014	3.086,88	3.086,88	3.086,88
Abril	2014	1.178,34	1.178,34	1.091,54
Maio	2014	1.607,59	1.607,59	1.607,59
Junho	2014	1.622,93	1.622,93	1.622,93
Julho	2014	417,45	417,45	417,45
Agosto	2014	640,79	640,79	640,79
Setembro	2014	565,71	565,71	565,71
Outubro	2014	7.168,30	7.168,30	7.168,30
Novembro	2014	8.147,20	7.814,82	7.814,82
Dezembro	2014	5.301,31	5.301,31	5.301,31
Janeiro	2015	2.077,88	1.715,00	1.715,00
Fevereiro	2015	5.228,98	5.228,98	5.228,98
Março	2015	26.072,67	1.923,93	1.923,93
Abril	2015	3.808,21	3.721,21	3.721,21
Maio	2015	1.447,51	1.186,51	1.186,51
Junho	2015	1.230,69	1.230,69	1.230,69
Julho	2015	570,03	570,03	570,03

Agosto	2015	66,19	66,19	66,19
<b>TOTAL</b>		<b>140.927,35</b>	<b>98.196,87</b>	<b>92.833,48</b>

*Ex-positis*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão da maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0801/15-8** lavrado contra **IGUATEMI CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.833,48**, acrescido da multa 60%, previstas no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, Paulo Sérgio Sena Dantas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Recurso Voluntário)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR  
(Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS