

PROCESSO - A. I. N° 207668.0006/15-0  
RECORRENTE - MD BA DUBEX EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0034-03/16  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/10/2017

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF N° 0241-11/17**

**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. Ficou comprovado nos Autos que as mercadorias não foram destinadas ao consumo e Ativo do estabelecimento conforme determinado no art. 485 do RICMS/97, e sim aplicadas na atividade fim do contribuinte, no caso, construção civil. Auto de Infração improcedente. Reformada a Decisão de Primeira Instância. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

Nesta oportunidade processual, trata a proceduralidade de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo da relação tributária contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF n° 0034-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração supra identificado, lavrado em 28/08/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$61.769,23, sob a imputação da seguinte irregularidade:

*“falta de recolhimento do ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, nos meses de ago/12 a nov/13; jan/14 a mai/14; jul/14 a out/14.*

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, apresentou a sua peça impugnatória (fls. 45 a 51), tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe (fls. 120 a 122), seguindo-se a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida por unanimidade de votos, dando pela procedência da autuação, na seguinte literalidade:

*“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 atividades econômicas - Códigos n°s 4110700 e 4120400, vide fls. 82 e 83, enquadradas nas disposições contidas no art. 484, §1º, inciso I e §2º, do Decreto n° 13.780/12. Ademais, o sujeito passivo é signatário, desde 24/06/12, do Termo de Acordo para Empresa de Construção Civil, conforme fls. 78 a 80, 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 n° 16915/2012, de 19/07/12, diante do pedido formulado no Processo n° 135576/2012-7, fls. 88 a 91.*

*Os argumentos defensivos apresentados carecem de pertinência temática, em face da acusação fiscal formulada, pois o lançamento tributário não está relacionado com a cobrança de ICMS da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, mas, decorre da imputação do percentual de 3% (três por cento), prevista no art. 485, caput, do Decreto n° 13.780/12. Neste sentido, também, as decisões judiciais apresentadas não possuem o condão de afastar a pretensão administrativa estatal, sendo, por conseguinte, inaplicáveis ao caso concreto.*

*Outrossim, o impugnante não traz, aos autos, 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 n° 13.780/12.*

*Assim, é cabível a imposição estatal descrita neste PAF, nos termos dos art's. 484 ao 490 do Decreto n° 13.780/12, vigentes à época dos fatos geradores imputados, c/c art. 167, inciso III, do RPAF/BA.*

*Considero, portanto, subsistente o lançamento tributário promovido 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.”*

Inconformado com a Decisão proferida de 1<sup>a</sup> Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 143 a 149), através do qual, inicialmente, argui que em que pese o crédito tributário objeto da presente notificação fiscal serem improcedentes, uma vez que as Empresas de Construção Civil, conforme jurisprudência pacífica e sumulada (432) do Superior Tribunal de Justiça, são isentas de ICMS, a 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, desconsiderando o pacífico entendimento do STJ, e considerando uma legislação manifestamente ilegal, Decreto nº 13.780/12, entendeu pela Procedência total do Auto de Infração - Acórdão nº 0034-03/16.

Transcreve o art. 155 da Constituição Federal para externar o seu entendimento de que a Constituição Federal impõe dualidade de alíquotas em função de o destinatário ser ou não contribuinte do ICMS. Portanto, nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo destinadas a consumidor final que seja contribuinte, o remetente deverá pagar ao seu Estado (de origem) o ICMS pela alíquota interestadual, e o destinatário, para o seu Estado (de destino), a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por outro lado, em relação às empresas de construção civil por serem, em regra, contribuintes do ISS, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, estas não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

Destaca que a questão da cobrança de ICMS nas operações interestaduais para empresas de Construção Civil resta pacificada no judiciário tendo o Egrégio Superior de Justiça, em 2010 editado a Súmula nº 432. Afirma que a matéria foi decidida pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (Recurso repetitivo) pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa que transcreveu.

Entende que nos termos da orientação pretoriana 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, como é caso da defendant, não podem ser compelidas ao recolhimento do ICMS cobrado pelo Estado destinatário. Isso porque os materiais adquiridos não consubstanciam nova mercadoria, mas sim um serviço prestado, que sofre integral tributação pelo ISSQN.

Concluiu alegando que:

*“Não obstante a isto, é importante considerar que mesmo que a argumentação com base na sumula do STJ não fosse acolhida, o que se considera hipótese absurda e remota convém pontuar que o termo de acordo ilegal firmado entre a Construtora e o Estado da Bahia, prevê o pagamento do ICMS relativos ao uso ou consumo ou bens do ativo fixo. Considerando que a totalidade do material adquirido objeto da presente autuação se referem a materiais utilizados na atividade fim da Empresa, não há que se falar, portanto, em incidência de ICMS.*

*Neste sentido, inclusive, foi a Decisão proferida nos autos do processo administrativo nº. 207093.0010.15-0 pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal. (doc.01)*

*Bem assim, conforme exaustivamente demonstrado, o Fisco municipal apresentou lançamento tributário equivocado, com base em acordo ilegal, portanto, TOTALMENTE IMPROCEDENTE a notificação ora impugnada.”.*

Encaminhado os autos para a PGE/PROFIS, visando o Parecer conclusivo, esta se manifestou, às fls. 158 a 160, pelo Provimento do Recurso Voluntário:

*“Ocorre que, ao compulsar os autos, precisamente às fls.20/35foi acostado o demonstrativo que deu lastro ao presente lançamento, no qual verificamos que todos os produtos ali relacionados (superbloco s 100mm, superbloco hidro, bloco de gesso, supercola 20kg, tubo de cobre a 15mm, disco corte blue, porta pantográfica com trinco etc.) não são mercadorias destinadas ao seu uso e consumo, muito menos para o ativo imobilizado da empresa e sim materiais utilizados em sua atividade fim, construção civil, conforme alegado pelo recorrente em sua peça recursal.*

*Portanto incabível a cobrança do imposto.”*

A Procuradora Assistente, em despacho de fl. 168, acolheu o pronunciamento da ilustre Procuradora Dra. Ana Carolina Moreira, concordando com o provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Consoante minuciosamente relatado, neste momento processual, analisa-se as razões recursais do

contribuinte, que postulou a reforma da Decisão de 1ª Instância, a qual julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, reportando-se à imputação de “*falta de recolhimento do ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, nos meses de ago/12 a nov/13; jan/14 a mai/14; jul/14 a out/14.*”

Com efeito, o sujeito passivo da relação tributária, na sua irresignação, sustentou ser contribuinte do ISS e as aquisições interestaduais, objeto da acusação fiscal referem-se a materiais empregados em suas obras, portanto, desoneradas do pagamento do ICMS.

O regime simplificado de tributação para empresas de construção civil, à época dos fatos geradores, estava previsto no art. 485 do RICMS/97, incidindo o percentual 3% (três por cento) sobre o valor das aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, conforme dispõe a norma regulamentar:

*O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3 % (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais*

Da leitura do dispositivo legal acima, verifica-se que efetivamente é devido o imposto sobre a entrada efetuada por empresa de construção civil nas operações interestaduais de mercadorias, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Ocorre que de acordo com o demonstrativo que deu lastro a acusação fiscal, fls. 20/35, verifica-se que se trata, em sua totalidade, de aquisições de superbloco s 100mm, superbloco hidro, bloco de gesso, supercola 20kg, tubo de cobre a 15mm, disco corte blue, porta pantográfica com trinco, etc., indicando que não se trata de mercadorias destinadas ao seu consumo nem ao ativo permanente da empresa e sim materiais utilizados na atividade fim do contribuinte, no caso construção civil, como alegado pelo sujeito passivo, não incidindo a cobrança do imposto.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 158 a 160, opinou pelo provimento do Recurso Voluntário, por se encontrar demonstrado nos autos à improcedência da autuação, sendo o referido opinativo acolhido e corroborado pela ilustre Procuradora Assistente Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos.

Destarte, evitando delongas desnecessárias, apresentando-se fidedignas as ponderações defensivas, acompanho o pronunciamento da PGE/PROFIS, considerando indevido o lançamento atinente ao Auto de Infração sob comento, e, por conseguinte, improcedente o débito em questão.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, para julgar IMPROCEDENTE a presente autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 207668.0006/15-0, lavrado contra **MD BA DUBEUX EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS