

PROCESSO	- A. I. N° 207668.0005/15-4
RECORRENTE	- ACF – EMPRESA DE ENGENHARIA E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0004-06/16
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- PUBLICAÇÃO: 28/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0446-12/17

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”. Excluídas parcelas já recolhidas pelo sujeito passivo através de parcelamento anterior. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 6ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/08/2015, de apenas uma única infração, para exigir ICMS no valor histórico de R\$37.372,51, conforme abaixo demonstrado:

Infração 01 – 02.15.01 – Deixou, o adquirente, de recolher 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, signatária do Termo de Acordo previsto no capítulo XLIX do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e alterações posteriores, inerentes aos meses de março a novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014.

O autuado apresentou Defesa Administrativa às fls. 78 a 98, informando que já havia parcelado os débitos referentes a algumas operações exigidas na presente autuação contudo pedindo, em resumo, pela improcedência da cobrança sobre os insumos utilizados na sua atividade de manutenção e instalação de equipamentos e sistemas conforme contrato firmado com a Petrobrás.

O autuante por sua vez prestou a sua Informação Fiscal às fls. 153 a 157, acatando parte das alegações do contribuinte, retirando do levantamento original de 2013 as entradas que, comprovadamente foram objeto de parcelamentos decorrentes de fiscalizações anteriores, mantendo a cobrança sobre as demais notas fiscais no montante de R\$30.236,99.

Pela alteração realizada nos demonstrativos inicialmente apresentados, o autuado foi intimado por duas vezes (fls. 215 e 218), em dois endereços distintos a apresentar a sua manifestação, porém o mesmo se manteve silente.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou por unanimidade pela Procedência Parcial do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

No Auto de Infração em lide é reclamado ICMS que deixou de ser recolhido relativo à aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, inerente à aplicação do percentual de 3% nas aquisições interestaduais, promovidas por empresas de construção civil, conforme Termo de Acordo firmado com a SEFAZ e fundamento nas disposições contidas nos arts. 484 a 490 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, vigente à época.

O contribuinte, em sua defesa, arguiu que já havia parcelado algumas operações exigidas na autuação e que aquelas não confessadas se referem a insumos utilizados na sua atividade e não a material de uso e consumo ou do ativo, do que defende a improcedência do lançamento de ofício.

Salienta que as empresas de construção civil não são consideradas contribuintes, ainda que possuam inscrição cadastral e, em consequência, não estão sujeitas ao recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisição de bens e serviços, posto não se enquadrarem na categoria de consumidores finais, nem tampouco contribuinte permanente do tributo, pois, somente as mercadorias produzidas pela construtora fora do local da prestação do serviço é que se sujeitam ao ICMS.

Da análise das peças processuais, inicialmente, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, uma vez que a infração foi devidamente tipificada e documentada.

O fato de o julgador indeferir o pedido para realização de diligência/perícia, por considerá-lo, nos termos do art. 147 do RPAF, suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, e se o indeferimento, conforme ocorre no caso concreto, for seguido pelos demais membros do colegiado, não ensejará cerceamento ao direito de defesa, como alega o defendant.

Quanto às razões de mérito, há de registrar que o próprio sujeito passivo aduz ter firmado Termo de Acordo para adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, conforme previsto nos artigos 484 e 485 do RICMS/12, os quais estabelecem a obrigatoriedade de pagamento do ICMS pelas empresas de construção civil “nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo”, sendo afastada pela norma regulamentar essa exigência tão somente nas situações descritas no art. 485, parágrafo único, incisos I e II, vigente à época dos fatos geradores conforme abaixo:

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.

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, nos termos do § 2º do art. 486, adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem;

II - no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular.

Assim, como as operações autuadas não se referem a aquisições originárias de outras unidades federadas com tributação à alíquota interna vigente no Estado de procedência das mercadorias ou bens, nem mesmo são operações de retorno de bens remetidos para canteiros de obras localizados em outros Estados, são devidas as exigências fiscais compiladas no Auto de Infração, demonstradas às fls. 15 a 70 dos autos, por se tratarem de materiais de uso/consumo ou ativo, a exemplo de: papel, enxada, parafuso, vassoura, óculos de proteção, desodorante sanitário, furadeira, bota, mesa, cadeira, etc., cujas exações iniciais, no montante de R\$37.372,51, foram deduzidas das operações já oferecidas à tributação através de parcelamento, conforme alegado pelo defendant, às fls. 88 a 90 dos autos, e acolhido pela autuante em sua informação fiscal, remanescente o ICMS

devido de R\$30.236,99, consoante demonstrado às fls. 159 a 212 dos autos, de cujo resultado foi cientificado o autuado que não se manifestou, o que segundo previsto no art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Assim, diante de tais considerações e das provas documentais trazidas aos autos, acolho o resultado apurado quando da informação fiscal, em razão das alegações de defesa.

Há de ressaltar que não se aplica, ao caso concreto, a alegação de defesa de que a jurisprudência do STF entende pela não incidência do diferencial de alíquota do ICMS às empresas de construção civil, pois, na verdade, a matéria em exame difere da exigência de “diferencial de alíquotas”, mas, sim, de adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, em consequência de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e a SEFAZ, cujo tratamento consiste na aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, inclusive de mercadorias, além de 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.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, há de se registrar que é a legalmente prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 ao caso concreto, falecendo de competência à esta Junta de Julgamento Fiscal a análise de inconstitucionalidade da legislação, nos termos previstos no art. 125, I, do COTEB.

Do exposto, voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$30.236,99, conforme demonstrativo à fl. 159 dos autos.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 236 a 261.

Reafirma o entendimento embasado na Suprema Corte de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS quando adquirem mercadorias de outras Unidades da Federação para utilização como insumo em suas obras, não se sujeitando dessa forma à incidência do imposto cobrado no presente lançamento.

Critica a decisão de piso quanto à negativa do pedido de diligência, que teria o objetivo de sanar as divergências contábeis entre o que registrou a fiscalização e o que consta nos Livros Fiscais da empresa e nas notas fiscais de aquisição de mercadorias. Não entende os motivos para que o CONSEF tenha mantido os termos da autuação, mesmo após o longo processo e todas as provas apresentadas. Requer a nulidade da decisão de piso, por estas razões.

Alega que na Informação Fiscal o autuante excluiu dos demonstrativos originais apenas aquelas notas fiscais trazidas em sua impugnação a título de amostragem, relativo ao período de julho e agosto de 2013, sem excluir as bases dos demais períodos, também objeto de parcelamento anterior. Nessa linha, explica que as notas fiscais relativas aos períodos anteriores já estão incluídas nos parcelamentos do Auto de Infração nº 299634.0004/14-5 (com fatos geradores de períodos de jan/09 à out/14) e do Auto de Infração nº 850000.0194/14-5 gerado após fiscalização de períodos anteriores à presente execução.

Por esta razão, reforça a Recorrente a necessidade de realização de diligência ou perícia, a fim de ver garantido o seu direito a mais ampla defesa, respeitando ao princípio da verdade material que deve prevalecer no processo administrativo.

Explica a Recorrente que os produtos adquiridos de outros estados são insumos para uso na prestação de serviço e que não se trata de bens adquiridos para comercialização, esquivando desta forma da incidência do ICMS, já que serviços ligados à atividade de construção civil estão no campo de incidência do ISS, conforme determina a Lei Complementar nº 116/03.

Reitera que por força do contrato firmado com a Petrobrás, se viu a obrigada a possuir inscrição junto a Fazenda Estadual da Bahia, oportunidade que firmou Termo de Acordo para adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, exclusivamente para as suas atividades econômicas de natureza secundária, relativas a instalação e manutenção elétrica e instalações hidráulicas, sanitárias e de gás, pois a ausência da inscrição a prejudicaria enormemente vez que restaria impedida de participar de licitações e serem contratadas por entidades públicas.

Esclarece que, na condição de empresa do ramo de construção civil, adquiriu os produtos discriminados na documentação fiscal para atender obras contratadas com terceiros. Assim,

entende que, a responsabilidade pela emissão do documento fiscal é do seu fornecedor e, também por este motivo ela não pode ser responsabilizada por erros, se existentes, que o emitente tenha cometido.

Com isso, elaborou tabela com a relação das notas fiscais, UF de origem, descrição do item, e valor do ICMS alegando se tratar de insumos utilizados em suas obras.

Reproduz teses do STJ e STF que versam sobre o assunto desta lide, para solicitar a improcedência do Auto de Infração, vez que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao recolhimento da diferença de alíquotas por operações interestaduais de aquisição de bens e serviços, posto não se enquadrem na categoria de consumidores finais.

Entende que a aplicação da multa, com a efetiva imputação só é cabível nos casos em que comprovado o descumprimento de obrigação tributária, quando há sonegação, fraude ou conluio e mesmo assim, quando efetivamente comprovados pela administração Pública, o que não ocorreu ao longo de toda instrução dos autos.

Por fim, requer a realização de prova pericial ou diligência fiscal, nos termos do art. 145 do RPAF/99, sob pena de cerceamento da ampla defesa e, em consequência, ocasionar a nulidade da ação fiscal, conforme previsto no art. 18, IV, do RPAF/97, aguardando então que sejam comprovadas todas as razões apresentadas, julgando improcedente o Auto de Infração.

Em seguida, após exames das peças do presente PAF, decidiu a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal convertê-lo em diligência à PGE (fls. 383 a 384), para que este Órgão se posicionasse sobre a obrigatoriedade ou não de recolhimento do ICMS cobrado no Auto de Infração sobre as aquisições interestaduais feitas junto a empresas optantes do Simples Nacional, à luz do que previa o Art. 485 do RICMS/12.

Assim foi feito, a PGE se manifestou através do i. Procurador José Augusto Martins Júnior, primeiro não dando guardia a tese levantada na tese recursal, de que o sujeito passivo não seria contribuinte do ICMS, alegando que quando este celebrou um Termo de Acordo com o Estado da Bahia assumiu voluntariamente a condição de contribuinte perante a Administração Pública, sujeitando-se a um regime simplificado de tributação.

Em seguida a fim de atender o que havia sido questionado na diligência proposta, explicou que a base de tributação diferente adotada pelo Regime Simplificado em relação à metodologia do ICMS se impõe em desfavor da tese do contribuinte, justamente por não se fixar a uma operação determinada e individualizada, mas sobre o faturamento global da empresa. Detalhou que a Lei Complementar 123/06 definiu, em seu Art. 13, XIII, §5º expressamente a cobrança do DIFAL nas operações interestaduais realizadas por empresas do Simples Nacional, tendo como base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Regime Simplificado.

Instado a se manifestar após o posicionamento da PGE/PROFIS o autuado se manteve silente.

VOTO VENCIDO

No Auto de Infração em lide, o sujeito passivo é acusado de não recolher ICMS em razão das aquisições de mercadorias, material para uso e consumo e bens do ativo, realizadas de fornecedores localizados fora do Estado da Bahia, já que nesse período era detentor do Termo de Acordo para pagamento do ICMS pelo regime simplificado concedido às empresas de construção civil e equiparadas, conforme previa à época os Artigos 484 a 490 do novo RICMS/Ba, no qual se cobrava o percentual de 3% sobre o valor total de cada operação.

Em sede de preliminar requer o sujeito passivo que esta CJF reconheça a nulidade da decisão recorrida, por entender cerceado o direito de ampla defesa na medida em que não foi atendido o pedido de perícia e diligência.

O autuado também pediu a nulidade da decisão de piso, alegando que a decisão se lastreou com base na Informação Fiscal, onde o autuante excluiu do levantamento inicial apenas aquelas notas

fiscais trazidas em sua impugnação a título de amostragem, relativo ao período de julho e agosto de 2013, sem excluir as bases dos demais períodos, também objeto de parcelamento anterior.

Sobre as preliminares suscitadas, o Parágrafo Único do Art. 155 do RPAF/BA, diz que “*quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*”. Assim o farei.

No mérito, o autuado alega que os produtos adquiridos de outros estados são insumos para uso na prestação de serviço e que desta forma não seriam passivos da aplicação do regime simplificado do ICMS. Compreende desta forma não ser contribuinte do ICMS. 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 (entre 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, a 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 (com 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 imposto que 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 dessas mercadorias podemos inferir que as mesmas foram utilizadas na prestação de serviços de engenharia, montagem e manutenção de máquinas e equipamentos, já que não há nos autos qualquer informação quanto a atividade de mercancia que porventura tenha sido praticado pelo sujeito passivo, bem como não há atividades comerciais registradas em seu extinto cadastro estadual, isso sem falar que o próprio RICMS/BA dispensava as construtoras, incorporadoras e afins, da escrituração de livros fiscais, inclusive da Escrituração Fiscal Digital, obrigatoria 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 prestação de serviços de obras civis, 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.

Pelo exposto, entendo assistir razão à Recorrente. Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

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 parcialmente procedente o lançamento.

Ex-positis, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207668.0005/15-4, lavrado contra **ACF - EMPRESA DE ENGENHARIA E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.236,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Tolstoi Seara Nolasco e Maurício Souza Passos

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

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

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS