

PROCESSO - A. I. Nº 269353.0803/15-0
RECORRENTE - TOP ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0163-03/16
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/03/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0006-12/18

EMENTA: ICMS. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Levando em conta que o recorrente, mesmo intimado acerca da diligência, não se pronunciou sobre os novos cálculos, mantenho os valores modificados pelo autuante, visto que nos termos do, Art. 140, do RPAF, 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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATORIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão de fls. 105/13) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 23/10/2015, quando foi lançado o valor total de R\$64.832,31, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de aquisição de material de uso e consumo, conforme previsto no Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil nos exercícios de 2013 a 2015.

Após apresentação da defesa (fls.28/40) e da informação fiscal (fls. 82/89), o Auto de Infração foi julgado Procedente Em Parte pela 3ª JJF, conforme voto abaixo, em resumo:

VOTO

O regime simplificado de tributação para empresas de construção civil, à época dos fatos geradores, estava previsto no art. 485 do RICMS/2012, 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 em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Nas razões defensivas o autuado alegou que o inicio da vigência do termo de acordo com a SEFAZ, se deu dia 21 de janeiro de 2014, portanto os valores apurados que antecedem esta data seriam indevidos. Na assentada de julgamento, o contador da empresa em sustentação oral, frisou que os valores do levantamento fiscal, anteriores ao mês de janeiro de 2014 e referentes aos meses de maio a agosto de 2015 eram indevidos, considerando que por não possuir inscrição ativa ou devidamente habilitada no cadastro da SEFAZ.

Alegou que realizava compras fora do Estado da Bahia, e as alíquotas aplicadas para o cálculo do ICMS, eram as alíquotas internas do Estado de origem, conforme poderia ser verificado nas notas fiscais de aquisições inerentes ao período citado. Em consulta ao cadastro dos contribuintes no Sistema INC desta SEFAZ, verifico que de fato, o autuado encontrava-se na situação de “BAIXADO” em 31/10/2011 e cadastrado como contribuinte “ESPECIAL” até 20.01.2014, passando à condição de “NORMAL” a partir desta data, voltando a condição de “BAIXADO” no DSCAD a partir de 23/04/2015.

Ante aos fatos expostos, as ocorrências referentes aos meses de novembro e dezembro de 2013 e maio a agosto de 2015 devem ser excluídas do levantamento fiscal, com base no inciso I, parágrafo único, do art. 485 do RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores. Recomendo a autoridade competente verificar a possibilidade de se instaurar novo procedimento fiscal, a fim de se apurar no período excluído, a existência de notas fiscais emitidas com destaque de alíquota interestadual, a fim de se exigir a parcela do imposto, caso não cobrado no Auto de Infração em exame, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto aos demais itens constantes da infração ora analisada, constato que mediante celebração do citado

Termo, o autuado, para usufruir do tratamento simplificado que previa a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, se declarou contribuinte do ICMS e comprometeu-se a cumprir o estabelecido no regime simplificado, conforme previsto no RICMS/BA. Os termos do regime simplificado que o autuado comprometeu-se a cumprir estavam dispostos no Capítulo XLIX do RICMS/BA e compreendiam os artigos 484 a 490, vigentes à época. Dentre esses dispositivos, o parágrafo único do art. 485, previa as hipóteses de exclusão da aplicação do regime. Constatou que no presente Auto de Infração, a lide se instala quando da interpretação do alcance do mandamento insculpido no inciso I do citado parágrafo único. Tal regra vedava a aplicação do regime simplificado quando as mercadorias ou bens fossem adquiridos, de outra unidade da Federação, com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem.

O defensor alegou que constam do levantamento fiscal, notas fiscais que não reconhece, visto que não se encontram registradas em sua escrita fiscal ou contábil, alem disso, arguiu que existiriam alguns documentos fiscais registrados no demonstrativo dos autuantes pela data de emissão, quando em sua escrita fiscal o registro teria se dado pela entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Os autuantes em informação fiscal disseram que o fato de a autuada não ter registrado notas fiscais, não é prova que tais operações não ocorreram, pois estas notas fiscais eletrônicas constam do ambiente digital sem qualquer restrição, o que demonstra que estão regulares, tendo o autuado tomado ciência da chave de acesso constantes da planilha do Anexo II. Sobre as notas fiscais com data de emissão em determinado mês e pagamento no mês subsequente, dizem que consultando o doc. 2 citado, fls.50/55, não encontraram ocorrências deste tipo, no que diz respeito as notas fiscais aludidas pela defesa.

Deixo de acolher as alegações da autuada considerando que não estão consubstanciadas em provas, ao contrário da acusação fiscal que está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto a fornecedores localizados em diverso Estados membros da Federação, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas. Vejo também, que não consta do levantamento notas fiscais registradas antes da entrada no estabelecimento do autuado conforme alegou em sua defesa.

Nas razões defensivas o autuado contestou a cobrança do ICMS sobre notas fiscais emitidas por contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional. Alegou que nos termos do regulamento do ICMS/2012, art. 485, parágrafo único, inciso I – “não será exigido o 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”, assim, as notas fiscais emitidas por micro empresa ou empresas enquadradas no Simples Nacional por apresentar no corpo da nota fiscal alíquota zero ou inexistente, não justifica a apuração da alíquota de 3%.

Observo que o autuado se insurge contra essa cobrança, afirmando que essas aquisições interestaduais de empresas do Simples Nacional se constituem em aquisições efetuadas com a alíquota interna do Estado de origem e, por conseguinte, são alcançadas pela vedação expressa no RICMS, sendo que se fosse vontade da administração tributária manter essa cobrança deveria tê-la incluído expressamente na norma regulamentar, posto que um mero termo não poderia gerar obrigação tributária indevida. Saliento que as alíquotas incidentes sobre empresas optantes do Simples Nacional são aplicadas sobre uma base de cálculo que engloba a cobrança de vários tributos, conforme previsto no art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, de modo que não podem ser confundidas com a alíquota interna do ICMS e, por conseguinte, não estariam entre as hipóteses de exclusão previstas no RICMS.

Registro que é esse o entendimento da Administração Tributária da Bahia sobre a matéria exposto no Parecer/GECOT nº 6734/2013, que transcrevo para melhor esclarecimento. Assim entende os órgãos técnicos da Sefaz, como pode ser observado na resposta a consulta, exposta no Parecer nº 06734/2013, de 22/03/2013, abaixo: "ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. Os contribuintes que possuem termo de acordo deverão aplicar o percentual de 3%, com os acréscimos previstos, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundos de outros Estados, independente da forma de apuração do remetente. Art. 485 do RICMS/12. O Consulente, inscrito como normal, apurando o imposto pelo simplificado previsto para as empresas de construção civil, atuando na perfuração e construção de poços de água, CNAE 4399105, formaliza consulta a esta Administração Tributária, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/Ba, Decreto nº 7.629/99.

A consulente indaga se deve ser feito o cálculo de 3% nas aquisições interestaduais oriundas de empresas optantes pelo Simples Nacional e em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. **RESPOSTA:** De acordo com RICMS/12, em seu art. 485, o tratamento simplificado para empresas de construção civil prevê a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições, em outros Estados, de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, com acréscimo dos valores referentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, não sendo admitida a utilização de quaisquer créditos fiscais. O referido tratamento não será aplicado apenas na hipótese de aquisição com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem da mercadoria e no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras do próprio contribuinte, localizado em outro Estado.

Dessa forma, as empresas de construção civil que possuem o termo de acordo para adoção do tratamento simplificado, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente,

oriundas de outros Estados, independente de se tratar de remetente que apure pelo regime normal ou pelo Simples Nacional, deverão proceder de acordo com o regramento mencionado, ou seja, deverão recolher 3% do valor da operação, com os acréscimos previstos.

Ressalte-se que o remetente poderá ser dispensado da retenção do ICMS substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme estabelece o inciso IV do art.487 do RICMS/12". Verifico que, nos termos da norma retro citada, o autuado se comprometeu a aplicar o 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.

O dispositivo regulamentar vedava a utilização de quaisquer créditos fiscais e as exceções à aplicação do regime simplificado estavam listadas no parágrafo único, "in verbis": "Art. 485 ... 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; II - no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular. Da leitura do dispositivo transrito, observa-se que as aquisições de contribuintes optantes pelo Simples Nacional não estão contempladas na regra de exclusão. Esse é um regime específico definido por lei complementar e, assim sendo, como não está excluído expressamente, depreende-se que nessas aquisições também deve incidir a aplicação do percentual de 3% conforme acordo celebrado entre as partes. Saliento que não tem como prosperar a afirmação de que ao recolher o Simples Nacional, o remetente recolhe o ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem.

É uma afirmação que parte de pressupostos equivocados que não subsistem ao confronto com a LC nº 123/06, que trata da matéria, e nem com a obrigatoriedade, definida pela Lei nº 7.014/96, de o contribuinte do ICMS, condição que o autuado declarou pertencer quando assinou o Termo de Acordo, recolher o diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, inclusive quando essas forem aquisições do Simples Nacional.

Tal mandamento reforça a assertiva de que essas aquisições não estão excluídas do Regime Simplificado em comento, vez que não houve expressa determinação nesse sentido. Assim, é cabível a imposição estatal descrita neste PAF, nos termos dos arts. 484 ao 486 do Decreto nº 13.780/12, vigentes à época dos fatos geradores imputados, c/c art. 167, inciso III, do RPAF/BA.

Considero, portanto, caracterizado parcialmente o lançamento tributário promovido, conforme demonstrativos constantes do CD fl. 11, recibo de entrega dos documentos ao autuado fls. 19/20, pelas razões acima aduzidas, com a exclusão das ocorrências inerentes aos meses de novembro e dezembro de 2013 e de maio a agosto de 2015, considerando a confirmação da alegação do autuado feita junto ao cadastro dos Contribuintes / INC, de que nestes meses, não realizou compras utilizando sua inscrição estadual considerando que esta se encontrava suspensa, remanescente a infração no montante de R\$55.000,03. Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

O contribuinte Recorreu a uma das câmaras deste Conselho de Fazenda, conforme Recurso Voluntário às fls. 127/53, em que justifica não haver sido considerado o fato de que durante o procedimento, houve a inclusão de notas fiscais inidôneas, exclusão de pagamentos efetuados, e datas de documentos de final de mês não consideradas como entradas no mês subsequente, cobrando-se imposto que foi efetivamente pago, porém em mês subsequente.

Às fls. 174, em pedido de diligência fundamentado na assentada de julgamento do dia 01.11.2016, foi o processo enviado à INFRAZ de origem, com vistas a intimar o contribuinte a apresentar provas de que há aquisições com o imposto pago, porém com datas de final de mês e lançamento na escrita no mês subsequente, oportunidade em que teria mais uma oportunidade de provar todas as suas alegações.

Às fls. 234/36 o autuante, de posse das provas apresentadas elaborou nova planilha com demonstrativo de imposto recolhido a menos à fl. 238, reduzindo o lançamento para R\$59.459,06.

Intimado a se manifestar, o Recorrente silenciou.

VOTO

Não há questionamentos de ordem jurídica quanto à obrigação de pagar o imposto lançado, ficando claro que o Recorrente apenas alega erros de conteúdo material, sob o argumento de que o autuante ao levantar os dados cometeu equívocos, como pagamentos não considerados, notas fiscais de final de mês que foram pagas em notas subsequentes, além de notas fiscais inidôneas.

Assim, após a diligência, caberia o Recorrente se manifestar sobre erros remanescentes, assim como apontar eventuais razões de inidoneidade, visto que a simples negativa de que adquiriu as

mercadorias conforme indicam as notas fiscais, não é suficiente para descharacterizar a inidoneidade, necessitando que o Recorrente demonstre outros indícios de que não fez as aquisições, visto que as notas fiscais estão todas preenchidas de formalidades que as colocam como notas fiscais válidas.

Contudo, no demonstrativo feito, o autuante manteve os meses que foram retirados do lançamento no julgamento recorrido, por serem considerados improcedentes (novembro e dezembro de 2013 e de maio a agosto de 2015), e, portanto não faziam mais parte do objeto do Recurso, resultando em valor maior que o julgado em Primeira Instância (R\$55.000,0). Assim, retirando os meses improcedentes, o valor do lançamento fica efetivamente reduzido para R\$49.626,88, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS	EXERCICIO	VALOR
JANEIRO	2014	1.535,66
FEVEREIRO	2014	3.368,89
ABRIL	2014	2.725,50
JUNHO	2014	143,22
JULHO	2014	2.003,66
AGOSTO	2014	2.564,44
SETEMBRO	2014	436,90
OUTUBRO	2014	2.378,51
NOVEMBRO	2014	28.760,47
DEZEMBRO	2014	1.407,36
FEVEREIRO	2015	3.116,57
MARÇO	2015	114,11
ABRIL	2015	1.071,59
TOTAL		49.626,88

Levando em conta que o Recorrente, mesmo intimado acerca da diligência, não se pronunciou sobre os novos cálculos, mantenho os valores modificados pelo autuante, visto que nos termos do art. 140, do RPAF, *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.*

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para cobrar do sujeito passivo ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas do ramo de construção civil.

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

Todavia, este não é o entendimento desta Administração Tributária da Bahia. Vejamos o Parecer DITRI/GECOT nº 6734/2013 de 22/03/2013, o qual elucida, de forma esclarecedora, o tema em questão:

"ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. Os contribuintes que possuem termo de acordo deverão aplicar o percentual de 3%, com os acréscimos previstos, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundos de outros Estados, independente da forma de apuração do remetente. Art. 485 do RICMS/12. O Consulente, inscrito como normal, apurando o imposto pelo simplificado previsto para as empresas de construção civil, atuando na perfuração e construção de poços de água, CNAE 4399105, formaliza consulta a esta Administração Tributária, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/Ba, Decreto nº 7.629/99. A consulente indaga se deve ser feito o cálculo de 3% nas aquisições interestaduais oriundas de empresas optantes pelo Simples Nacional e em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

RESPOSTA: De acordo com RICMS/12, em seu art. 485, o tratamento simplificado para empresas de construção civil prevê a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições, em outros Estados, de mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo, com acréscimo dos valores referentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, não sendo admitida a utilização de

quaisquer créditos fiscais. O referido tratamento não será aplicado apenas na hipótese de aquisição com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem da mercadoria e no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras do próprio contribuinte, localizado em outro Estado. Dessa forma, as empresas de construção civil que possuem o termo de acordo para adoção do tratamento simplificado, nas aquisições de mercadorias, materiais de uso e consumo ou bens para o ativo permanente, oriundas de outros Estados, independente de se tratar de remetente que apure pelo regime normal ou pelo Simples Nacional, deverão proceder de acordo com o regramento mencionado, ou seja, deverão recolher 3% do valor da operação, com os acréscimos previstos. Ressalte-se que o remetente poderá ser dispensado da retenção do ICMS substituição tributária, quando o acordo interestadual ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACÓRDÃO JJF Nº 0163-03.16 8 permitir o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme estabelece o inciso IV do art.487 do RICMS/12". (grifo nosso).

Ocorre que, a Súmula nº 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.

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, 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. 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, de ofício, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0803/15-0, lavrado contra **TOP ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.626,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Paulo Sérgio Sena Dantas, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Tiago de Moura Simões e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TIAGO DE MOURA SIMÕES - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS