

**A.I. Nº** - 297248.0008/17-0  
**AUTUADO** - TS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - MARLON ANTONIO LIMA RÉGIS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 15. 02. 2018

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0003/01/18**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual cabe ao remetente das mercadorias, nos termos do inciso II do § 4º do art. 2º da Lei nº 7.014/96. Ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$60.460,51, em razão do autuado deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento (06.05.01), ocorrido nos meses de dezembro de 2015 e de fevereiro a dezembro de 2016, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Acrescentou que o autuado atua no ramo da construção civil e que, na qualidade de consumidor final, está sujeito ao pagamento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme Emenda Constitucional nº 87/2015.

O autuado apresentou defesa das fls. 84 a 92 dos autos. Alegou que não foi observado o devido processo legal, pois ocorreu o início da ação fiscal sem que fosse intimada a apresentar livros e documentos fiscais, caracterizando caso de cerceamento de defesa. Destacou o disposto no inciso III do art. 26 do RPAF que considera iniciado o procedimento fiscal com a intimação ao contribuinte para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pelo fisco.

Acrescentou que o inciso II do art. 28 do RPAF exige que as tarefas de fiscalização sejam precedidas da lavratura do termo de intimação para apresentação de livros e documentos. Assim, concluiu que restou comprovada a ocorrência de vício insanável, requerendo a nulidade do auto de infração, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 114 e 115. Explicou que o autuado foi cientificado via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) do início da ação fiscal, conforme documento à fl. 11. Disse que não requereu a apresentação de livros e documentos porque a ação fiscal tomou por base os dados e as informações constantes dos sistemas eletrônicos da SEFAZ.

Acrescentou que, com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015, o inciso VII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal estabeleceu que nas operações e prestações que destinem bens e

serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado, cabe ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual.

## VOTO

Rejeito o pedido de nulidade proposto pelo autuado sob a argumentação de que houve preterição do direito de defesa em razão da falta da lavratura do termo de intimação para apresentação de livros e documentos, estabelecido no inciso II do art. 28 do RPAF, Decreto nº 7.629/99.

O termo de intimação para apresentação de livros e documentos não consiste em ato indispensável durante o curso da ação fiscal. De acordo com o inciso II do art. 28 do RPAF, a sua emissão dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, mas, conforme o caso, deverá ser lavrado se a autoridade fiscal entender necessária a apresentação de documentos para elucidação de dúvidas durante o procedimento de fiscalização. Quando a ação fiscal é pautada em dados já constantes nos sistemas da SEFAZ, como foi o caso no presente Auto de Infração, a apresentação do referido termo é dispensável.

O termo de início de fiscalização foi devidamente lavrado e entregue ao autuado via DTE, conforme documento à fl. 11. O direito à ampla defesa foi dado ao autuado mediante cientificação da lavratura do presente Auto de Infração e concessão do prazo de 60 dias para apresentação de defesa, conforme documentos às fls. 80 e 82.

O presente Auto de Infração consiste na exigência de ICMS referente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias efetuadas pelo autuado, destinadas ao ativo fixo e ao consumo no estabelecimento.

O autuante enquadrou a infração com base na nova redação dada ao inciso VII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, que concedeu ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual. Por outro lado, o inciso VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal atribuiu a responsabilidade pelo recolhimento desse imposto ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto, e ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. Estes comandos foram incluídos na Lei nº 7.014/96 no inciso IV do art. 2º (incidência) e no § 4º do art. 2º (responsabilidade), com efeitos a partir de 01/01/2016.

O autuado atua no ramo da construção civil, com atividade principal de construção de edifícios e atividades secundárias relacionadas também ao ramo de construção civil, conforme documentos às fls. 30 e 31. Desde janeiro de 2016, o art. 484 do RICMS vedou a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, justamente porque tal atividade está inserida na lista de serviços do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, conforme Lei Complementar Federal nº 116/2003.

A existência de apenas um único recolhimento no valor de R\$700,03 durante todo o ano de 2016, referente a imposto pago por substituição tributária no mês de dezembro, revela que o autuado não tem habitualidade na realização de fornecimento de mercadorias produzidas fora do local da prestação dos serviços, que estaria sujeita ao ICMS. E mesmo que ocorresse alguma habitualidade na realização de operações sujeitas ao ICMS, para este tipo de empresa a vedação de concessão de inscrição no cadastro de contribuinte persistiria, conforme estabelecido no art. 484 do RICMS. O registro das operações sujeitas ao ICMS deveria ocorrer mediante emissão de nota fiscal avulsa, conforme art. 486 do RICMS.

Assim, não seria a manutenção indevida pela SEFAZ de inscrição no cadastro de contribuinte de uma empresa de construção civil que a tornaria contribuinte do ICMS e responsável pelo

pagamento do imposto referente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo no estabelecimento. De acordo com o § 4º do art. 2º da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do remetente localizado em outra unidade da Federação, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Em relação à exigência referente ao mês de dezembro de 2015, a ilegitimidade passiva ainda persiste, pois, neste período, as empresas de construção civil somente poderiam possuir inscrição cadastral mediante celebração de termo de acordo onde declararia a condição de contribuinte do ICMS, ficando atribuído um tratamento simplificado de apuração do imposto no percentual de 3% (art. 490 do RICMS).

O autuado jamais requereu a celebração do termo de acordo, onde declararia a sua condição de contribuinte, não sendo beneficiário do referido tratamento simplificado. Não sendo contribuinte do ICMS, também não estaria sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo no estabelecimento.

Por outro lado, cabe o imediato cancelamento pela SEFAZ da inscrição do autuado no cadastro de contribuintes do ICMS, evitando o uso indevido pelo próprio autuado que se apresenta como contribuinte do imposto para se beneficiar de uma tributação apenas da alíquota interestadual, sem a inclusão da diferença de alíquotas que deveria ser paga em favor do Estado da Bahia pelo remetente, imposto que poderá ainda ser reclamado dos respectivos remetentes das mercadorias ao autuado.

Desse modo, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, em razão da configuração da ilegitimidade passiva do autuado, nos termos da alínea “b” do inciso IV do art. 18 do RPAF.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **297248.0008/17-0**, lavrado contra **TS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2018

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR