

A. I. Nº - 2104120362/18-0  
AUTUADO - PROCABLE ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES S.A.  
AUTUANTE - JOSE CARLOS FRISSO  
ORIGEM - POSTO FISCAL EDUARDO FREIRE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.11.2018

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0187-02/18**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL. MATERIAIS DESTINADOS À APLICAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. Afastada a alegação da aplicação do item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03. Trata-se de transferência de material de uso e consumo para aplicação em obra de construção civil. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 07/04/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$280.680,12, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 62.01.01 – O remetente e/ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento ou recolheu a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC n.º 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado. No valor de R\$ 280.680,12, referente ao período de Abril de 2018.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 25 a 40, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre o título “*I – DOS FATOS*”. Chama a atenção para as cópias anexas de contratos de execução de obras no Estado da Bahia e diz que para remeter os materiais a ser empregado na execução de obras de construção civil de redes de distribuição de energia elétrica no Estado da Bahia, sua filial estabelecida no Estado do Espírito Santo, CNPJ 02.513.112/0002-52, emitiu as Notas Fiscais 4396, 4397 e 4400, tendo como destinatária a própria empresa, por se tratar de materiais a serem empregados em obras de construção civil de redes de energia elétrica.

Explica que tendo considerado que de acordo com o item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, não incidir o ICMS sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil de redes de energia elétrica, diz que as referidas Notas Fiscais foram emitidas sem o destaque do ICMS, fazendo-se constar no campo “Natureza da operação” que se trata de “Simples remessa - remessa para execução de serviços em obra”.

Alega que ao adentrar ao território do Estado da Bahia, a carga foi ilegalmente retida no Posto Fiscal de Mucuri (Posto Fiscal Eduardo Freire), pela fiscalização baiana do trânsito de mercadorias, sob a exigência pela a autoridade fiscal do pagamento de ICMS. Afirma que, a autoridade fiscal informou por telefone que o “bloqueio da mercadoria” se deu para que fosse paga a “partilha de ICMS”.

Acrescenta que o fiscal enviou por e-mail ao preposto da empresa, Sr. Flávio Renato Oliveira, o seguinte texto, tendo como “Assunto: DAE ICMS Partilha”. Diz que no texto da mensagem, o fiscal informa que: “Segue anexo DAE sobre partilha de ICMS, solicitado”.

Entende ser duvidoso o que o fiscal pretende dizer com “ICMS Partilha”. Interpretou ter sido assinalado, pretender a autoridade fiscal cobrar o que chama de “ICMS Partilha”.

Ao tratar do título “2. DO DIREITO” discorre dizendo partir da suposição de que o fiscal queira referir-se à diferença de alíquotas de ICMS, que seria a diferença entre a alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual (do Estado de origem) e que somente é devida no caso de aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação destinadas a uso ou consumo ou para o ativo imobilizado. Cita a Lei nº 7.014/96 e reproduz o seu art. 2º, IV.

Assevera que os materiais objeto da autuação não são destinados a uso ou consumo da Impetrante, e tampouco constituem bens destinados ao seu ativo imobilizado - repete que se tratam de materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil - redes elétricas e acrescenta que nos termos do item 7.02 da Lista de Serviços que reproduziu, anexa à Lei Complementar nº 116/03, não incide o ICMS sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil de redes de energia elétrica, razão pela qual as referidas Notas Fiscais foram emitidas sem o destaque do ICMS, fazendo-se constar no campo “Natureza da operação” que se trata de “Simples remessa - remessa para execução de serviços em obra”.

O item 7.02 da Lista de Serviços é redigido assim:

*“7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).”*

Salienta que a incidência de ICMS somente é possível quando os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços são por ele produzidos fora do local da prestação dos serviços.

Explica que os materiais objeto da ação fiscal não são produzidos pela Autuada, e que se tratam de cabos de alumínio importados, (9 bobinas de cabo de alumínio isolado com blindagem metálica em alumínio corrugado e capa externa em Pead, conforme descrição feita nas Notas Fiscais/DANFEs 4396, 4397 e 4400).

Ressalta que além do que descreveu e entende por agressão ao direito, a fiscalização ainda apreendeu a carga, causando sério prejuízo à empresa, que para ver respeitado o seu direito teve de impetrar Mandado de Segurança, arcando assim com mais um ônus, em decorrência da ilegalidade perpetrada pelo fisco.

Aduz que a simples apreensão das mercadorias já constitui ato ilegal por não ter o fisco o poder de apreender as mercadorias, muito menos documentos fiscais, como meio coercitivo do pagamento do alegado débito, e por isso ferir uma série de princípios e garantias constitucionais, como têm decidido reiteradamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Diz que no caso o fisco feriu os princípios que garantem a propriedade, que garantem a liberdade de locomoção, que garantem a livre empresa, e o próprio princípio da legalidade, pelo qual uma pessoa só estará obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em razão da lei.

Lembra que a matéria já foi inclusive sumulada pela Corte Suprema e reproduz a Súmula 323.

Aponta que a mercadoria foi liberada, por força de Mandado de Segurança, e que resta agora desconstituir o lançamento efetuado por meio do Auto de Infração guerreado, por afrontar a legalidade e a própria moralidade, ao pretender cobrar imposto claramente indevido.

Reitera que o objeto da autuação se trata de cabos de alumínio destinados a emprego pela empresa em obras de construção de redes elétricas e que a “construção civil” não se limita apenas à construção de edifícios - ele abrange todas as obras de engenharia. Conforme diz ser a classificação feita pelo mestre Bernardo Ribeiro de Moraes, que explica que a construção civil compreende sete grupos de obras:

- a) *obras de terra (sondagens, fundações, escavações, preparo do terreno, estaqueamento, etc.);*

- b) *obras de edificação (prédios em geral);*
- c) *obras de estradas e logradouros públicos (rodovias, ferrovias, armamentos, loteamentos, etc.);*
- d) *obras de arte (pontes, viadutos, túneis, muros de arrimo, mirantes, decorações arquitetônicas, etc.);*
- e) *obras de terraplanagem e de pavimentação (aterros, desaterros, calçamentos, coberturas asfálticas, etc.);*
- f) *obras hidráulicas (dutos para condução de água e outros líquidos);*
- g) *obras de instalação, de montagem e de estruturas em geral, compreendendo as obras assentadas ao solo ou fixadas em edificações (instalação de máquinas, equipamentos ou aparelhos interligados ou dispostos para funcionar um complexo ou unidade industrial, bem como de montagens industriais em que a reunião de várias peças, partes ou produtos individualizados formam uma unidade autônoma)."*

Informa que a execução de uma obra pode ser feita **com** ou **sem** fornecimento de materiais pelo prestador. E que o fato de o contrato envolver fornecimento de materiais não descaracteriza a obrigação de fazer, pois os materiais fornecidos pelo prestador são meros instrumentos para a consecução da obra. Como também que o fornecimento de materiais pelo prestador faz parte da prestação do serviço, tornando-se o contrato uno e indivisível. Assinala que a prestação de serviço é fato gerador de ISS, e não de ICMS. Cita e reproduz o art. 156, inciso III da CF, que atribuiu aos municípios a competência para instituir imposto sobre o serviço.

Cita que foi a Lei Complementar nº 116/03 que instituiu o ISS, e que esta, em sua Lista anexa, ao descrever os serviços do item 7.02, excetuou da incidência do ISS o fornecimento de materiais produzidos pelo prestador de serviço fora do local da prestação, que ficam sujeitas ao ICMS - o que significa dizer que, quando os materiais fornecidos pelo prestador não forem produzidos por ele, não há incidência do ICMS.

Adverte que a razão pela qual o legislador estabeleceu tal exceção foi que quando um prestador de serviços fornece ou emprega materiais numa obra de construção civil, esse prestador não está exercendo atividade mercantil de circulação de mercadorias (atividade de dar), mas sim de prestação de serviços (atividade de fazer). Prevalece neste caso a atividade de fazer, em detrimento da atividade de dar. Essa é a orientação consubstanciada no item 7.02 da Lista de Serviços, que mais uma vez reproduziu.

Reafirma que a incidência de ICMS sobre o fornecimento somente ocorre quando os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços são por ele produzidos fora do local da prestação dos serviços. E acrescenta não incidir ICMS sobre o fornecimento quando os materiais não são produzidos pelo prestador - e este é o caso do presente Auto de Infração.

Se referindo ao título “*3. DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ*” assegura que em **caso semelhante** ao do presente Auto de Infração, o STJ, no REsp 804.004/MG, decidiu **não ser devida a cobrança de ICMS** nas operações interestaduais realizadas por prestador de serviço de construção civil relativamente aos materiais por ele fornecidos e destinados à execução da obra. Aponta que na ementa é dito que essa decisão se baseia em precedentes do próprio STJ, citando o REsp 422.168/AM, que reproduziu juntamente com a ementa do referido REsp 804.004/MG.

Esclareceu que assim decidiu o STJ porque, em tal situação, o prestador não é consumidor final nem, consequentemente, contribuinte do ICMS, pois os materiais não são para uso ou consumo, e sim insumos a serem empregados na execução dos serviços, concluindo que se não são destinados a uso ou consumo, não é devida a diferença de alíquotas.

Enfatiza que a previsão da cobrança da diferença de alíquotas do ICMS, nos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, c/c seu § 4º, é quando a operação interestadual destinar mercadorias ou bens a consumidor final localizado neste Estado.

Destaca que em outro julgado recente, o STJ, citando vários precedentes do próprio STJ e também

do STF, consolidou esse entendimento, em acórdão exarado no REsp 1135489/AL, que reproduziu. Discorrendo sobre o título “4 - CONSULTA RESPONDIDA PELA SEFAZ-MG FATO IDÊNTICO”, reproduziu a resposta à Consulta nº 040/2015 feita à SEFAZ-MG nº PTA nº 45.000007662-75, que informa versar sobre tema semelhante ao discutido no presente PAF, a qual diz estar disponível no site: <http://www.etecnlco.com.br/paginas/mef26781.htm>.

Sobre a qual, informa que um prestador de serviços de construção civil estabelecido no Estado de Minas Gerais cuja atividade econômica principal é a construção de redes de distribuição de energia elétrica com fornecimento de cabos elétricos e outros materiais, tendo firmado contrato para construir uma rede de estação de energia elétrica em Macapá, no Estado do Amapá, estando em dúvida sobre a interpretação da legislação tributária, fez as seguintes indagações:

- “1. Nas saídas em operações interestaduais de remessa dos referidos produtos para Macapá/AP é devido o diferencial de alíquota?
- 1. A Consulente poderá emitir nota fiscal de simples remessa para o canteiro de obras, amparando o trânsito dos produtos que serão empregados na construção da rede de energia elétrica em Macapá/AP?
- 2. Existe convênio firmado, tendo como estados signatários Minas Gerais e Amapá, que trate da circulação de mercadorias para uso no canteiro de obras?”

Sobre as quais obteve a resposta que reproduziu e diz estar no mesmo sentido que defende à Impugnante.

“RESPOSTA

[...]

Isto posto, temos que as empresas de **construção civil** enquadram-se, via de regra, neste último caso. Vale dizer, em que pese o fato da atividade de construção civil estar arrolada dentre aquelas tributadas por via do Imposto sobre Serviços - ISS (item 7 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 2003), **tais empresas dispõem de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS**, haja vista a necessidade de acobertarem as remessas de materiais para as suas obras, **fato este que**, como visto acima, **não as qualifica como contribuinte do imposto estadual**.

Verifica-se que a Consulente dispõe de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, tem como atividade econômica principal a **construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica** e, conforme Manifestação Fiscal que acompanha este e-PTA, não vem apresentando DAPI 1, conforme § T do art. 152 da Parte 1 do Anexo V do RICMS/02, o que depreende-se a caracteriza como **não contribuinte do ICMS**.

[...]

**Com relação ao segundo fato, o fornecimento de materiais adquiridos de terceiros utilizados na prestação do serviço, quando efetuada em decorrência de contratação de empreitada ou de subempreitada, não configura fato gerador do ICMS, portanto ensejará tão somente o cumprimento de obrigações acessórias que viabilizem o controle fiscal.**

[...]

Feitos esses esclarecimentos, **responde-se aos questionamentos formulados**.

1. **Conforme apontado inicialmente**, a remessa de mercadorias ao estado do Amapá não enseja recolhimento de ICMS, **uma vez que não configura fato gerador do imposto**, considerando-se que a execução da obra se dá por empreitada ou subempreitada.

[...]

Esta Diretoria já se manifestou sobre a matéria, por ocasião das Consultas de Contribuintes nos 006/2012, 219/2013 e 005/2014, disponíveis no sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais na internet.

[-]

2. **A Consulente deverá observar o disposto no art. 183 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS, que prevê a emissão de nota fiscal sempre que a construtora movimentar material ou outro bem móvel entre estabelecimentos do mesmo titular, entre estes e a obra ou de uma para outra obra.**

[...]

Até a presente data **não há convênio** firmado tendo como Estados signatários Minas Gerais e Amapá que trate da circulação de mercadorias para uso no canteiro de obras, motivo pelo qual deverá também verificar junto ao Fisco de destino as obrigações acessórias a serem cumpridas pela Consulente no tocante à execução da obra.” (g.n.)

A ementa da Resposta dada à Consulta em apreço é a seguinte: “EMENDA

**ICMS - CONSTRUÇÃO CIVIL - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS** - A empresa de construção civil não contribuinte do ICMS, ainda que inscrita no cadastro de contribuintes deste Estado, não estará sujeita ao recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.”

Remata que o entendimento do fisco baiano não pode ser diferente porque a legislação é uniforme em todo o país, por se tratar de matérias reguladas por Leis Complementares, a saber a Lei Complementar nº 87/96, que cuida do ICMS, e a Lei Complementar nº 116/03, cuja Lista anexa define os fatos geradores do ISS, sendo clara e expressa ao assinalar no item 7.02 que não incide o ICMS sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil.

Aduz ser essa a razão pela qual as Notas Fiscais objeto da autuação foram emitidas sem o destaque do ICMS, fazendo-se constar no campo “Natureza da operação” que se trata de “Simples remessa - remessa para execução de serviços em obra”.

Insiste que os materiais objeto da autuação não são destinados a uso ou consumo da Autuada, e tampouco constituem bens destinados ao seu ativo imobilizado - trata-se de materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil.

Ao final pede a Impugnante que seja reconhecida e declarada a IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, haja vista que materiais a serem empregados pela Autuada em obras de construção civil não podem ser considerados materiais de uso ou consumo, e tampouco constituem bens destinados ao seu ativo imobilizado, e, pela interpretação conjunta do art. 2º, inciso IV e § 4º da Lei nº 7.014/96 e do item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, não incide o ICMS sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil de redes de energia elétrica.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada posterior de documentos.

O Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 158 a 159, diz que o autuado estava enviando mercadoria “cabo alumínio isolado...”, conforme DANFES 004.396 (pag 07), 004.397 (pag 10) e 004.400 (pag 13), transportadas nos veículos placas policiais MQP5732, MRW9573 e ODM7756 respectivamente, para aplicação em obra (consta no campo “Dados adicionais dos referidos DANFES”), sem recolhimento do ICMS devido na operação (prevista na EC nº 87/15).

Sobre a dúvida do termo “partilha”, diz ser um termo utilizado para enfatizar a parcela do ICMS que cabe a cada Estado no tocante a diferença de alíquota, conforme previsão da EC nº 87/15.

EMENDA CONSTITUCIONAL N° 87, DE 16 DE ABRIL DE 2015.

**Art. 99.** Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

IV - para o ano de 2018:80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

Cita e reproduz o inciso IV do ART 2º da Lei nº 7014/96 sobre a incidência do ICMS, que estabelece a regra de incidência sobre as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto.

Afirma haver confirmado que a utilização de mercadoria se deu apartada da execução serviço de engenharia a que se refere o item 7.02 da lista de serviços que reproduziu, porque a cláusula 2ª item 2.1 do contrato anexado pela defesa à fl. 88, destaca que “As estipulações deste PRÉ-CONTRATO são complementadas pela proposta comercial pela PROCABLE (PROPOSTA - ANEXO I), pela minuta do contrato definitivo (MINUTA DE CONTRATO - ANEXO II) e demais documentos.”.

Pois, segundo o Autuante, consta na proposta do anexo I (pág. 151) “Fornecimento de Serviços” e “Fornecimento de Material”, separadamente, diferenciando, de forma clara, o serviço (ISS) e fornecimento de materiais (ICMS) do contrato entre as partes, não deixando dúvidas sobre a

utilização do material constante nos DANFES objetos do AUTO DE INFRAÇÃO em questão.

É o relatório.

## VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Depreende-se que o Auto de Infração em tela versa sobre uma única infração que diz respeito à falta de recolhimento, pelo remetente localizado em outra unidade da federação, do ICMS relativo à diferença de alíquotas prevista na EC n.º 87/15, no caso, incidente na operação de transferência de mercadorias, bens e serviços para aplicação em obra de construção civil localizada neste Estado.

Inicialmente se faz *mister* tecer os seguintes esclarecimentos:

Toda a ação fiscal que resultou no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF se deu no contexto de fiscalização do trânsito de mercadorias e foi calcada na legislação do ICMS, *ex vi* dos excertos abaixo reproduzidos da CF/88, EC 87/15, Convênio ICMS 93/15, Lei 7.014/96 e Regulamento do Processo administrativo Fiscal – RPAF.

### *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

(...)

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

(...)

*VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;*

*VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:*

- a) *ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;*
- b) *ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;*

### *ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS*

*Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:*

(...)

*IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;*

### *CONVÊNIO ICMS 93/15*

**Cláusula primeira** Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.

**Cláusula segunda** Nas operações e prestações de serviço de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:

*I - se remetente do bem:*

- a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação;*



b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”;

*II - se prestador de serviço:*

a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na prestação;

b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a prestação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”.

*LEI DO ICMS 7.014/96*

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

XVI - da saída do estabelecimento do remetente ou do início da prestação, conforme o caso, destinada a consumidor final, não contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação;

*Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*III - os transportadores em relação às mercadorias:*

f) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto, relativo à diferença de alíquotas, devido nas operações interestaduais oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, quando o remetente não possuir inscrição no cadastro de contribuintes deste Estado;

XVIII - o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, inscrito no cadastro de contribuintes de ICMS, cujas aquisições sejam vinculadas a prestações sujeitas ao ISS, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas na hipótese do inciso XVI do caput do art. 4º desta Lei.

*Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:*

*I - tratando-se de mercadoria ou bem:*

j) relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas:

1 - o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, na hipótese do inciso XV do caput do art. 4º desta Lei;

2 - o do estabelecimento remetente de mercadoria ou bem destinado a consumidor final não contribuinte do imposto, na hipótese do inciso XVI do caput do art. 4º desta Lei;

*RPAF*

### *SEÇÃO III DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUDEM A AÇÃO FISCAL*

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;*

*IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;*

*Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:*

*I - os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;*

Nessa esteira, se depreende dos autos, que foi aplicada ao caso toda a legislação retro alinhada,

conforme relatório sobre o feito constante da fl. 22, reproduzido a seguir:

**"Referente Auto de Infração n° 210412.0362/18-0**  
**Empresa — PROCABLE E TELECOMUNICAÇÕES S.A.**  
**INFORMAÇÃO**

*Aos 07 dias do mês de Abril de 2018, o ATE José Carlos Frisso lavrou o Auto de Infração acima citada referente a 09 bobinas de Cabo Aluminio Isolado, transportadas nos veículos de placa ODF-0117 — ODK-0109 — OVF-8750 de propriedade da empresa Transuiça Loc e Prest de Serviços Ltda, sendo que cada veículo, tinha 03 bobinas.*

*As mercadorias estavam acobertadas pelos Danfes nºs 4.396, 4.397 e 4.400, emitidos pela empresa Proicable Energia e Telecomunicações S.A., localizada na cidade de Serra, Estado do Espírito Santo e, destinadas à mesma empresa, no mesmo endereço, porém, com local de entrega na Rod. BA 093, Km 20, Bairro Santana Helena, cidade de Dias D'Avila-BA.*

*O Autuante observou que, por se tratar de mercadorias para uso e consumo, as mesmas estão sujeitas ao pagamento da partilha do ICMS, de acordo com a EC 87/15 e, como a empresa não é inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, a responsabilidade é do remetente e, o pagamento deveria ocorrer antes da entrada das mercadorias, no Estado.*

*Como os comprovantes de pagamento da partilha do ICMS não acompanhavam os documentos acima citados e, também, através de consulta ao Sistema de Pagamentos da SEFAZ, não foi localizado nenhum pagamento, o autuante lavrou o referido Auto de Infração, referente a cobrança da partilha do ICMS.*

*Também, referente ao transporte das referidas mercadorias, realizado pela empresa Transuiça Loc. E Prest. De Serviços Ltda, ck acordo com os DACTEs nºs 0007000, 0007003 e 0007001, foi lavrado pelo ATE José Carlos Frisso, a Notificação Fiscal nº 210412.0361/1 U-3, cobrando a partilha do ICMS referente ao serviço de transporte, de acordo com a EC 87/15.*

*As mercadorias foram liberadas por Mandado de Segurança nº 052076672.2018.8.05.0001, datado de 17 de Abril de 2018, do Poder Judiciário do Estado da Bahia, Comarca de Salvador, 3a Vara Fazenda Pública.*

*Posto Fiscal Conselheiro Eduardo Freire, Mucuri, 23 de Abril de 2018.*

*Atenciosamente,*

*Osmar Ferreira Coelho*

*ATE Cadastro 13.210.562-5"*

Quanto à alegação de não se tratar de bem de uso e consumo, discordo da Impugnante, haja vista que se trata de mercadoria objeto de sua atividade de engenharia, não se enquadrando nem como mercadoria objeto de sua comercialização, nem como de seu ativo imobilizado. Portanto, se trata, de fato, de material de uso e consumo inerente à sua atividade empresarial.

Sendo assim, não há falar que o item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, imporia a não incidência do ICMS, sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil de redes de energia elétrica, pois essa narrativa não se enquadra na operação sob análise.

Diversamente, o que verifiquei dos autos, foi à transferência de mercadorias para canteiro de obras do próprio remetente localizado em outra unidade da federação, operação esta que inequivocamente sofre a incidência do ICMS diferença de alíquotas, com espeque na legislação retro alinhada. Um exemplo semelhante seria se esta mercadoria fosse transferida para uma filial da Impugnante encarregada de empreender a obra contratada.

Sendo assim, descabe o argumento de que as referidas Notas Fiscais foram emitidas sem o destaque do ICMS, tendo a Impugnante feito constar no campo “Natureza da operação” que se tratava de “Simples remessa - remessa para execução de serviços em obra”, pois não seria crível que a Impugnante pudesse se beneficiar de seu próprio erro, considerando que a operação em tela não se coaduna com as situações fáticas inerentes às operações de simples remessa, que no caso apenas seria admissível em de remessa para canteiro de obras sediado no próprio Estado da Impugnante.

Nessa esteira, ao adentrar ao território do Estado da Bahia, a carga foi legalmente retida no Posto Fiscal de Mucuri (Posto Fiscal Eduardo Freire), pela fiscalização baiana do trânsito de

mercadorias, sob a exigência pela autoridade fiscal do pagamento de ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTA, de acordo com a EC 97/2015, e art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, para que fosse paga a “partilha de ICMS”.

Assim, também não prospera a alegação de que nos termos do item 7.02 da Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03, não incidiria o ICMS sobre materiais a serem empregados na execução de obras de construção civil de redes de energia elétrica, haja vista que o objeto da autuação trata da operação de transferência interestadual quanto à diferença de alíquotas, em nada se confundindo com o fornecimento de material para obra de construção civil.

Quanto à alegada resposta à Consulta nº 040/2015 feita à SEFAZ-MG nº PTA nº 45.000007662-75, inicialmente devo esclarecer que o opinativo técnico em tela não obriga adoção do mesmo entendimento pelo Estado da Bahia que exerce autonomia constitucional de competência para interpretar e aplicar a legislação sobre o ICMS, (inciso II do art. 155 da CF).

Considero também que as jurisprudências evocadas do STJ e STF, não se prestam para o desiderato defensivo, pois além de não terem efeito *erga omnis*, referem-se a uma situação fática anterior à publicação da EC 87/2015, por isso todas tem por espeque a orientação de que as empresas do Setor da Construção Civil não eram contribuintes do ICMS, fato hodiernamente irrelevante para fins da incidência do diferencial de alíquotas.

Destarte voto pela procedência do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2104120362/18-0**, lavrado contra a empresa **PROCABLE ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$280.680,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR