

PROCESSO - N. F. Nº 920766.8011/15-6
NOTIFICADO - MD BA MAG EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.
EMITENTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - SAT/DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/05/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-03/19NF

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o notificado não recolheu o ICMS relativo às operações efetuadas sob Regime Simplificado de apuração do imposto. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 28/08/2015, refere-se à exigência de R\$20.688,42 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto na aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, nos meses de setembro e novembro de 2012; fevereiro a dezembro de 2013; janeiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2014, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil.

Em complemento, consta a informação de que o notificado é signatário do Termo de Acordo, previsto no Cap. XLIX do RICMS-BA/2012, desde 14/08/2012. Após análise das Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e interestaduais do período de vigência do referido Termo de Acordo, foi constatada a falta de recolhimento do ICMS, conforme Demonstrativos anexados ao PAF.

O notificado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 33 a 39 do PAF, alegando que empresas de construção civil, conforme jurisprudência pacífica e sumulada do Superior Tribunal de Justiça, são isentas de ICMS, sendo a declaração de improcedência por esta Junta de Julgamento Fiscal, medida que se impõe.

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

Neste sentido, cita decisões do STJ e o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, pela não incidência de ICMS nas operações interestaduais. Diz que os materiais adquiridos não consubstanciam nova mercadoria, mas sim, um serviço prestado, que sofre integral tributação pelo ISSQN. Entende que o Fisco apresentou lançamento tributário equivocado, em vista do entendimento sedimentado pela não incidência do ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresas de construção civil, sendo improcedente a Notificação Fiscal impugnada.

Requer a improcedência e o cancelamento da Notificação Fiscal, com o arquivamento do PAF.

A Auditora Fiscal presta informação fiscal às fls. 68 a 70 do PAF. Ressalta que o notificado solicitou o Regime Simplificado de Tributação para empresas de construção civil previsto no RICMS-BA/2012, em julho de 2012, através do Processo nº 135570/2012-9, que foi analisado e deferido, mediante Parecer nº 16911/2012 da DPF/SEFAZ, usufruindo, desde então, de benefícios, nas suas aquisições interestaduais (conforme demonstrado no levantamento fiscal às fls. 03 a 10 do PAF), e não houve qualquer recolhimento do ICMS no percentual de 3% sobre o valor das operações interestaduais.

Diz que não se trata de diferença de alíquota, mas sim, de alíquota do ICMS, tendo sido descumprido o Acordo Estadual celebrado, provocando concorrência desleal com outras empresas do seu ramo, que não possuem ou tiveram indeferido o mencionado acordo, além de causar prejuízo ao erário estadual.

Também salienta que, conforme previsto no art. 490 do RICMS-BA, no seu parágrafo primeiro, logo no requerimento de solicitação de celebração do Termo de Acordo, a empresa interessada deve declarar a sua condição de contribuinte do ICMS e se comprometer ao cumprimento do imposto nos termos do regime simplificado.

Acrescenta que o notificado não apresentou qualquer elemento que pudesse alterar os cálculos, levantamentos da auditoria efetuada, por isso, confirma os termos da Notificação Fiscal, pedindo a sua procedência.

Foi anexado aos autos, Processo SIPRO nº 094494/2015-9, cadastrado em 18/05/2015, quando o defendente, em resposta à intimação referente à Auditoria Fiscal, comunicou à autuante que em relação aos documentos solicitados, não será possível a entrega, porque houve um incêndio nos arquivos documentais, em 18/09/2014, e que não foi comunicado à época para a SEFAZ por motivo de não ter mais inscrição estadual ativa.

VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido argüida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

No mérito, o presente lançamento trata da falta de recolhimento de ICMS na aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, nos meses de setembro e novembro de 2012; fevereiro a dezembro de 2013; janeiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2014, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, constando a informação de que o notificado é signatário do Termo de Acordo previsto no RICMS-BA/2012.

O defendente alegou que, por se tratar de empresa de construção civil, é isento de ICMS. Disse que em relação às empresas de construção civil, por serem, em regra, contribuintes do ISS, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, estas não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

Para melhor entendimento da matéria em questão, vale reproduzir os arts. 484 e 485 do RICMS-BA/2012, redação vigente até 31/12/2015:

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.

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 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.

Conforme esclarecido pela Auditora Fiscal, o defendente solicitou o Regime Simplificado de Tributação para empresas de construção civil previsto no RICMS-BA/2012, em julho de 2012, através do Processo nº 135570/2012-9, que foi analisado e deferido, mediante Parecer nº 16911/2012 da DPF/SEFAZ.

Não se trata de cobrança do ICMS relativo à diferença de alíquota, considerando a previsão constante no art. 485 do RICMS-BA reproduzido neste voto, quanto ao tratamento simplificado com a aplicação 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. A interpretação dada à redação do caput do mencionado art. 485 é no sentido de que, o legislador baiano ofereceu ao prestador de serviço de construção civil a possibilidade de pagamento de 3% de ICMS, aplicável sobre o valor da operação de aquisição interestadual, mediante adesão ao Tratamento Simplificado, com assinatura de Termo de Acordo.

Neste caso, quando o Contribuinte assina o Termo de Acordo, se vincula à obrigação instituída no artigo 485 do RICMS-BA/97, com o benefício de um tratamento jurídico especial, para realizar operações como contribuinte do ICMS neste Estado. O referido “Termo de Acordo”, firmado pelo sujeito passivo, manifesta a sua concordância com o regime simplificado de recolhimento do ICMS, obrigando-se a recolher o referido imposto à base de 3% sobre o valor de todas as aquisições de mercadorias, bens do ativo ou de uso /consumo.

Dessa forma, considerando a previsão constante no mencionado art. 485 do RICMS-BA, quanto ao tratamento simplificado com a aplicação 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, o Contribuinte fez a opção mediante o Processo nº 135570/2012-9, deferido pela SEFAZ/BA.

Com a celebração do Termo de Acordo, o autuado declara a sua condição de contribuinte do ICMS e se compromete ao cumprimento dos termos do regime simplificado. Portanto, ficou caracterizada a irregularidade apontada, sendo subsistente a exigência fiscal do presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **920766.8011/15-6**, lavrada contra **MD BA MAG EMPREENDIMENTOS SPE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.688,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR