

A. I. Nº - 210765.0049/19-0
AUTUADO - CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-05/20

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (DIFAL). OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE REMESSA PARA CONSUMO. As operações objeto da autuação, não se enquadram na previsão de incidência do imposto prevista na Emenda Constitucional nº 87/2005 e na norma alterada da Lei do ICMS baiano – Lei nº 13.373/15. Remessa em transferência de materiais para estabelecimento da mesma empresa, para aplicação no canteiro de obras – operação não sujeita à incidência do ICMS. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 18/02/2019, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 72.996,00, acrescido da multa de 60%, contendo a seguinte acusação fiscal:

Infração 01 – 62.01.02 – *Remetente e ou prestador localizado em outra unidade da federação, inclusive optante do simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.*

No campo “**Descrição dos Fatos**” da peça acusatória consta que: *Refere-se ao ICMS da partilha conforme o que prevê a Emenda Constitucional 87/2015, Lei nº 13.373/2015, Convênio 93/2015, Ajuste SINIEF 08/2016 e Nota Técnica 03/2015. Deixou de recolher o ICMS devido nas operações que destine bens e serviços a consumidor final, localizado neste Estado.*

Compõe o Auto de Infração: Termo de Apreensão (fls. 05/05), Demonstrativo de Débito (fl. 09), cópias dos DANFEs e DACTE (fls. 12/15).

Após intimação o contribuinte ingressou com defesa, peça processual juntada às fls. 25 a 42 dos autos, subscrita por advogados (instrumentos de procura anexos, fls. 43/46).

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória o contribuinte passou a fazer uma síntese dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração. Afirmou ser uma empresa que opera na atividade de construção civil com estabelecimento matriz localizado no Estado de São Paulo, possuindo filiais em diversas localidades do país, executando obras de infraestrutura em geral, com especialidade em obras de construção portuária.

Que em 22/08/2018 celebrou contrato de empreitada global com a TECON SALVADOR S/A (Terminal de Cargas e Descargas de Contêineres de Salvador – doc. anexo). Para a execução da obra necessitou de diversos materiais que constituem insumos necessários à prestação dos serviços. No caso concreto, informou que em 17/02/19 quando do transporte dos materiais que seriam empregados na obra mencionada, remetidos da filial de Embu das Artes - SP para a filial de Salvador-Ba, teve os materiais de sua propriedade apreendidos no posto fiscal Benito Gama (Vitória da Conquista), sob a acusação de falta de recolhimento de ICMS devido nas operações de remessa dos bens a consumidor final localizado no Estado da Bahia. Os referidos materiais, segundo consta na NF-e 1786 (doc. anexo) são “cabeços de amarração de ferro fundido” que foram

adquiridos no Estado de São Paulo junto à empresa COPABO EQUUPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, por uma das filiais da impugnante, inscrita no CNPJ sob o nº 03.998.869/0002-46. Após aquisição os materiais foram remetidos para a filial da impugnante em Salvador para utilização nos serviços de engenharia portuária contratados junto TECON SALVADOR. Acrescentou a defendente que o transporte dos materiais foi realizado pela transportadora Palace Transportes (doc. anexo), acompanhada de toda a documentação exigida. Disse ainda que a lavratura do AI não foi imediata, ou seja, após a apreensão, concretizando apenas em 28/02/19, onze dias após a referida apreensão. Em razão disso impetrhou mandado de segurança (MS), junto a 1ª Vara da Fazenda Pública de Vitória da Conquista - Ba, tendo obtido liminar para liberação imediata das mercadorias, conforme cópia anexa.

Sustenta que neste caso não é cabível a exigência de imposto sobre os materiais transferidos tendo em vista que a impugnante é uma empresa de construção civil, não contribuinte do ICMS, conforme entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive nas Súmulas 166 e 432 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma que a autuação não teria amparo legal.

Nas razões de direito a defesa fez referência às disposições do CTN, no tocante à obrigação principal (art. 113) e a trechos de livros de direito tributário dos profs. Luciano Amaro e Hugo de Brito Machado, para afirmar que o fato gerador do ICMS prende-se à noção de negócio jurídico mercantil, não se sujeitando a qualquer espécie de trânsito (circulação) de bens. Por consequência a cobrança de ICMS em operações realizadas entre o mesmo proprietário, na transferência de insumos ou matérias primas entre suas unidades de produção não é fato suficiente a deflagrar o fato gerador daquela espécie tributária, ressaltando mais uma vez o enunciado da Súmula 166 do STJ, que estabelece que “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Reafirmou que as mercadorias objeto da autuação são “cabeços de amarração tipo fundido 200 ton”, aplicados como insumos nas obras de ampliação do Terminal de Cargas e Descargas de Contêineres de Salvador (TECON). Explicou que esses materiais são equipamentos que permitem a amarração das embarcações para mantê-las boiando, porém afixadas no porto. Pontuou mais à frente que o ICMS desses materiais foi devidamente exigido e recolhido no ato da compra das mercadorias, no município de São Paulo emitido pela empresa fornecedora - COPABO EQUUPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, conforme documento anexo. Após a aquisição em São Paulo houve a transferência para a filial baiana para aplicação nas obras, não possuindo essa segunda operação natureza de circulação mercantil que justificasse a incidência do ICMS, até porque os estabelecimentos, remetente e destinatário, operam na atividade de construção civil. Destacou mais uma vez o enunciado da Súmula 432 do STJ: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos nas operações interestaduais”. Fez referência a vários julgados nesse sentido, reproduzidos às fls. 36/41.

A defesa entende, sustenta, portanto, que no caso em exame inexiste relação jurídico tributária com o Estado da Bahia a ensejar a exigência de ICMS sobre as operações de transferência de materiais a serem aplicados nas obras de infraestrutura portuária. Pede pela improcedência do Auto de Infração e pugna pela produção de dos meios de prova admitidas em direito. Pede ainda que as notificações futuras sejam dirigidas ao patrono da autuada, com endereço indicado à fl. 42 dos autos.

Prestada a informação fiscal pela agente autuante, peça processual datada de 18/06/19, e juntada às fls. 99/100 do presente PAF.

Afirmou a referida agente que após a Emenda Constitucional nº 87/15 foi instituída nova competência do ICMS para os Estados de origem e destino, sendo estabelecido o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais que destinem mercadorias e serviços a consumidor final que não seja contribuinte do citado imposto. Disse que no caso concreto é incontrovertido que a

operação é interestadual e que a destinação física final das mercadorias é o Estado da Bahia. Transcreveu as disposições do art. 15, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e também dos arts. 2º, IV e 4º do mesmo diploma legal, para afirmar que tanto o legislador constituinte reformador (EC 87/15), quanto o legislador baiano, expressamente adotaram o critério da destinação física da mercadoria com determinante do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Ao finalizar a peça informativa, pede que seja reconhecida a PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, é composto de uma única infração relacionada à falta de recolhimento do ICMS, nas operações de remessa interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, que opera na atividade de construção civil.

No caso concreto, trata-se de remessas do produto “*cabeços de amarração de ferro fundido*”, que foi adquirido no Estado de São Paulo, junto à empresa COPABO EQUIPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, por uma das filiais da impugnante, inscrita no CNPJ sob o nº 03.998.869/0002-46. Após aquisição, os materiais foram remetidos para a filial da impugnante em Salvador, para utilização nos serviços de engenharia portuária contratados junto à TECON SALVADOR (contrato de empreitada anexo – fls. 55/78). Acrescentou a defendant, que o transporte dos materiais foi realizado pela transportadora Palace Transportes (doc. anexo), acompanhada de toda a documentação exigida. Disse ainda, que a lavratura do A.I não foi imediata, ou seja, após a apreensão, concretizando-se apenas em 28/02/19, onze dias após a referida apreensão. Em razão disso, impetrhou Mandado de Segurança (MS), junto à 1ª Vara da Fazenda Pública de Vitória da Conquista - Ba, tendo obtido liminar para liberação imediata das mercadorias, conforme cópia anexa.

A autuação tem por base e fundamento as disposições da EC 87/2015, que prescreve que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, localizado em outro Estado, contribuinte ou não do imposto, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Determina ainda a norma constitucional, que o imposto (DIFAL) será recolhido pelo destinatário, quando este for contribuinte do ICMS, ou pelo remetente, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS. No mesmo sentido, as disposições do art. 15, § 7º e o art. 49-B da Lei Estadual nº 7.014/96.

Frente aos fatos apresentados, constata-se que as operações, objeto da autuação, envolveram operações de transferências interestaduais, filial São Paulo / filial Bahia, portanto, mera circulação física de bens adquiridos para posterior aplicação em obras de construção civil contratadas no Estado da Bahia e sujeitas à incidência do imposto sobre serviços (ISS) municipal. Estabelecimento remetente e estabelecimento destinatário não são contribuintes do ICMS, exatamente por operarem na atividade principal de construção civil, não se amoldando essa específica operação ao descritivo contido na norma da EC 87/2015, que exige que um dos polos da operação seja preenchido por pelo menos um contribuinte do ICMS – remetente ou destinatário. As empresas de construção civil no RICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 13.780/12), não são obrigadas a se inscrever no cadastro de contribuintes do ICMS, conforme art. 484 da norma regulamentar citada, e só recolhem esse imposto se desenvolverem atividade secundária, de natureza mercantil, ou produzirem materiais/bens para fornecimento nas respectivas obras, nos termos da LC 116/2003, ou seja, em operações específicas. Por sua vez, as operações de saídas de materiais para aplicação no canteiro de obras por empresa de construção civil, não estão sujeitas à incidência do ICMS, o que afasta, no caso concreto, a exigência do DIFAL do estabelecimento autuado.

Face ao acima exposto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

O presente auto de infração, acusa falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, do estabelecimento remetente localizado no Estado de São Paulo, para estabelecimento não contribuinte do ICMS localizado no Estado da Bahia, tendo como base as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, que estabelece:

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 155

§ 2º

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.*

Estas regras foram incorporadas ao art. 15, § 7º e art. 49-B da Lei nº 7.014/96, que foram indicados no enquadramento da infração (Convênio ICMS 93/2015).

Na consulta pública ao *cadastro de contribuintes de ICMS Estado de São Paulo* (CADESP - fl. 133), constata-se que nas informações complementares, indica que o remetente das mercadorias- CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0002-46, Inscrição Estadual 298.071.739.111 é contribuinte do ICMS com “*Regime de Apuração: NORMAL – REGIME PERIÓDICO DE APURAÇÃO*”.

Por sua vez, o estabelecimento matriz (CNPJ 03.998.869/0001-65), tem registrado como atividade econômica (fl. 133/verso):

1. PRIMÁRIA: Código 42.99-5-99 – Outras obras de engenharia não especificadas anteriormente;
2. SECUNDÁRIAS:

Código 46.63-0-00 – Comércio atacadista de Máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças

Código 46.89-3-99 – Comércio atacadista especializado em outros produtos intermediários não especificados anteriormente.

Código 46.49-4-99 – Comércio atacadista de outros equipamentos e artigos de uso pessoal e doméstico não especificados anteriormente.

Código 46.69-9-99 – Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças.

Pelo exposto, o estabelecimento autuado, localizado no Estado de São Paulo, é contribuinte do ICMS, e tendo remetido bens de ativo destinado a consumidor final (não contribuinte do imposto), localizado no Estado da Bahia, cabe ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente, nos termos do art. 155, §2º, VII e VIII da Constituição Federal.

Ressalte-se ainda, que o estabelecimento destinatário CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0010-56 (fl. 12), localizado no Estado da Bahia e o remetente CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0002-46 (fl. 83), localizado no Estado de São Paulo, são a mesma empresa, que adquiriu a mercadoria importada, foi objeto da autuação, de

estabelecimento localizado no Estado de São Paulo (COPABO – fl. 80), em operação tributada pelo ICMS com alíquota de 18%.

Portanto, configura uma operação de circulação de mercadoria que foi tributada integralmente pelo ICMS para o Estado de São Paulo e operação subsequente, destinada a consumidor final localizado no Estado da Bahia, sendo cabível a partilha do imposto entre o Estado de São Paulo e o Estado da Bahia, dentro da finalidade que foi instituída pela Emenda Constitucional nº 87/2015, para a divisão do imposto entre Estado produtor e Estado consumidor, quando os bens e serviços forem destinados a consumidor final.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.0049/19-0**, lavrado contra **CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

A. I. Nº - 210765.0049/19-0
AUTUADO - CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-05/20

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (DIFAL). OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE REMESSA PARA CONSUMO. As operações objeto da autuação, não se enquadram na previsão de incidência do imposto prevista na Emenda Constitucional nº 87/2005 e na norma alterada da Lei do ICMS baiano – Lei nº 13.373/15. Remessa em transferência de materiais para estabelecimento da mesma empresa, para aplicação no canteiro de obras – operação não sujeita à incidência do ICMS. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 18/02/2019, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 72.996,00, acrescido da multa de 60%, contendo a seguinte acusação fiscal:

Infração 01 – 62.01.02 – *Remetente e ou prestador localizado em outra unidade da federação, inclusive optante do simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.*

No campo “**Descrição dos Fatos**” da peça acusatória consta que: *Refere-se ao ICMS da partilha conforme o que prevê a Emenda Constitucional 87/2015, Lei nº 13.373/2015, Convênio 93/2015, Ajuste SINIEF 08/2016 e Nota Técnica 03/2015. Deixou de recolher o ICMS devido nas operações que destine bens e serviços a consumidor final, localizado neste Estado.*

Compõe o Auto de Infração: Termo de Apreensão (fls. 05/05), Demonstrativo de Débito (fl. 09), cópias dos DANFEs e DACTE (fls. 12/15).

Após intimação o contribuinte ingressou com defesa, peça processual juntada às fls. 25 a 42 dos autos, subscrita por advogados (instrumentos de procura anexos, fls. 43/46).

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória o contribuinte passou a fazer uma síntese dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração. Afirmou ser uma empresa que opera na atividade de construção civil com estabelecimento matriz localizado no Estado de São Paulo, possuindo filiais em diversas localidades do país, executando obras de infraestrutura em geral, com especialidade em obras de construção portuária.

Que em 22/08/2018 celebrou contrato de empreitada global com a TECON SALVADOR S/A (Terminal de Cargas e Descargas de Contêineres de Salvador – doc. anexo). Para a execução da obra necessitou de diversos materiais que constituem insumos necessários à prestação dos serviços. No caso concreto, informou que em 17/02/19 quando do transporte dos materiais que seriam empregados na obra mencionada, remetidos da filial de Embu das Artes - SP para a filial de Salvador-Ba, teve os materiais de sua propriedade apreendidos no posto fiscal Benito Gama (Vitória da Conquista), sob a acusação de falta de recolhimento de ICMS devido nas operações de remessa dos bens a consumidor final localizado no Estado da Bahia. Os referidos materiais, segundo consta na NF-e 1786 (doc. anexo) são “cabeços de amarração de ferro fundido” que foram

adquiridos no Estado de São Paulo junto à empresa COPABO EQUUPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, por uma das filiais da impugnante, inscrita no CNPJ sob o nº 03.998.869/0002-46. Após aquisição os materiais foram remetidos para a filial da impugnante em Salvador para utilização nos serviços de engenharia portuária contratados junto TECON SALVADOR. Acrescentou a defendente que o transporte dos materiais foi realizado pela transportadora Palace Transportes (doc. anexo), acompanhada de toda a documentação exigida. Disse ainda que a lavratura do AI não foi imediata, ou seja, após a apreensão, concretizando apenas em 28/02/19, onze dias após a referida apreensão. Em razão disso impetrhou mandado de segurança (MS), junto a 1ª Vara da Fazenda Pública de Vitória da Conquista - Ba, tendo obtido liminar para liberação imediata das mercadorias, conforme cópia anexa.

Sustenta que neste caso não é cabível a exigência de imposto sobre os materiais transferidos tendo em vista que a impugnante é uma empresa de construção civil, não contribuinte do ICMS, conforme entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive nas Súmulas 166 e 432 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma que a autuação não teria amparo legal.

Nas razões de direito a defesa fez referência às disposições do CTN, no tocante à obrigação principal (art. 113) e a trechos de livros de direito tributário dos profs. Luciano Amaro e Hugo de Brito Machado, para afirmar que o fato gerador do ICMS prende-se à noção de negócio jurídico mercantil, não se sujeitando a qualquer espécie de trânsito (circulação) de bens. Por consequência a cobrança de ICMS em operações realizadas entre o mesmo proprietário, na transferência de insumos ou matérias primas entre suas unidades de produção não é fato suficiente a deflagrar o fato gerador daquela espécie tributária, ressaltando mais uma vez o enunciado da Súmula 166 do STJ, que estabelece que “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Reafirmou que as mercadorias objeto da autuação são “cabeços de amarração tipo fundido 200 ton”, aplicados como insumos nas obras de ampliação do Terminal de Cargas e Descargas de Contêineres de Salvador (TECON). Explicou que esses materiais são equipamentos que permitem a amarração das embarcações para mantê-las boiando, porém afixadas no porto. Pontuou mais à frente que o ICMS desses materiais foi devidamente exigido e recolhido no ato da compra das mercadorias, no município de São Paulo emitido pela empresa fornecedora - COPABO EQUUPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, conforme documento anexo. Após a aquisição em São Paulo houve a transferência para a filial baiana para aplicação nas obras, não possuindo essa segunda operação natureza de circulação mercantil que justificasse a incidência do ICMS, até porque os estabelecimentos, remetente e destinatário, operam na atividade de construção civil. Destacou mais uma vez o enunciado da Súmula 432 do STJ: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos nas operações interestaduais”. Fez referência a vários julgados nesse sentido, reproduzidos às fls. 36/41.

A defesa entende, sustenta, portanto, que no caso em exame inexiste relação jurídico tributária com o Estado da Bahia a ensejar a exigência de ICMS sobre as operações de transferência de materiais a serem aplicados nas obras de infraestrutura portuária. Pede pela improcedência do Auto de Infração e pugna pela produção de dos meios de prova admitidas em direito. Pede ainda que as notificações futuras sejam dirigidas ao patrono da autuada, com endereço indicado à fl. 42 dos autos.

Prestada a informação fiscal pela agente autuante, peça processual datada de 18/06/19, e juntada às fls. 99/100 do presente PAF.

Afirmou a referida agente que após a Emenda Constitucional nº 87/15 foi instituída nova competência do ICMS para os Estados de origem e destino, sendo estabelecido o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais que destinem mercadorias e serviços a consumidor final que não seja contribuinte do citado imposto. Disse que no caso concreto é incontrovertido que a

operação é interestadual e que a destinação física final das mercadorias é o Estado da Bahia. Transcreveu as disposições do art. 15, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e também dos arts. 2º, IV e 4º do mesmo diploma legal, para afirmar que tanto o legislador constituinte reformador (EC 87/15), quanto o legislador baiano, expressamente adotaram o critério da destinação física da mercadoria com determinante do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Ao finalizar a peça informativa, pede que seja reconhecida a PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, é composto de uma única infração relacionada à falta de recolhimento do ICMS, nas operações de remessa interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, que opera na atividade de construção civil.

No caso concreto, trata-se de remessas do produto “*cabeços de amarração de ferro fundido*”, que foi adquirido no Estado de São Paulo, junto à empresa COPABO EQUIPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA LTDA, por uma das filiais da impugnante, inscrita no CNPJ sob o nº 03.998.869/0002-46. Após aquisição, os materiais foram remetidos para a filial da impugnante em Salvador, para utilização nos serviços de engenharia portuária contratados junto à TECON SALVADOR (contrato de empreitada anexo – fls. 55/78). Acrescentou a defendant, que o transporte dos materiais foi realizado pela transportadora Palace Transportes (doc. anexo), acompanhada de toda a documentação exigida. Disse ainda, que a lavratura do A.I não foi imediata, ou seja, após a apreensão, concretizando-se apenas em 28/02/19, onze dias após a referida apreensão. Em razão disso, impetrhou Mandado de Segurança (MS), junto à 1ª Vara da Fazenda Pública de Vitória da Conquista - Ba, tendo obtido liminar para liberação imediata das mercadorias, conforme cópia anexa.

A autuação tem por base e fundamento as disposições da EC 87/2015, que prescreve que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, localizado em outro Estado, contribuinte ou não do imposto, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Determina ainda a norma constitucional, que o imposto (DIFAL) será recolhido pelo destinatário, quando este for contribuinte do ICMS, ou pelo remetente, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS. No mesmo sentido, as disposições do art. 15, § 7º e o art. 49-B da Lei Estadual nº 7.014/96.

Frente aos fatos apresentados, constata-se que as operações, objeto da autuação, envolveram operações de transferências interestaduais, filial São Paulo / filial Bahia, portanto, mera circulação física de bens adquiridos para posterior aplicação em obras de construção civil contratadas no Estado da Bahia e sujeitas à incidência do imposto sobre serviços (ISS) municipal. Estabelecimento remetente e estabelecimento destinatário não são contribuintes do ICMS, exatamente por operarem na atividade principal de construção civil, não se amoldando essa específica operação ao descritivo contido na norma da EC 87/2015, que exige que um dos polos da operação seja preenchido por pelo menos um contribuinte do ICMS – remetente ou destinatário. As empresas de construção civil no RICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 13.780/12), não são obrigadas a se inscrever no cadastro de contribuintes do ICMS, conforme art. 484 da norma regulamentar citada, e só recolhem esse imposto se desenvolverem atividade secundária, de natureza mercantil, ou produzirem materiais/bens para fornecimento nas respectivas obras, nos termos da LC 116/2003, ou seja, em operações específicas. Por sua vez, as operações de saídas de materiais para aplicação no canteiro de obras por empresa de construção civil, não estão sujeitas à incidência do ICMS, o que afasta, no caso concreto, a exigência do DIFAL do estabelecimento autuado.

Face ao acima exposto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

O presente auto de infração, acusa falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, do estabelecimento remetente localizado no Estado de São Paulo, para estabelecimento não contribuinte do ICMS localizado no Estado da Bahia, tendo como base as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, que estabelece:

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 155

§ 2º

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.*

Estas regras foram incorporadas ao art. 15, § 7º e art. 49-B da Lei nº 7.014/96, que foram indicados no enquadramento da infração (Convênio ICMS 93/2015).

Na consulta pública ao *cadastro de contribuintes de ICMS Estado de São Paulo* (CADESP - fl. 133), constata-se que nas informações complementares, indica que o remetente das mercadorias- CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0002-46, Inscrição Estadual 298.071.739.111 é contribuinte do ICMS com “*Regime de Apuração: NORMAL – REGIME PERIÓDICO DE APURAÇÃO*”.

Por sua vez, o estabelecimento matriz (CNPJ 03.998.869/0001-65), tem registrado como atividade econômica (fl. 133/verso):

1. PRIMÁRIA: Código 42.99-5-99 – Outras obras de engenharia não especificadas anteriormente;
2. SECUNDÁRIAS:

Código 46.63-0-00 – Comércio atacadista de Máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças

Código 46.89-3-99 – Comércio atacadista especializado em outros produtos intermediários não especificados anteriormente.

Código 46.49-4-99 – Comércio atacadista de outros equipamentos e artigos de uso pessoal e doméstico não especificados anteriormente.

Código 46.69-9-99 – Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças.

Pelo exposto, o estabelecimento autuado, localizado no Estado de São Paulo, é contribuinte do ICMS, e tendo remetido bens de ativo destinado a consumidor final (não contribuinte do imposto), localizado no Estado da Bahia, cabe ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente, nos termos do art. 155, §2º, VII e VIII da Constituição Federal.

Ressalte-se ainda, que o estabelecimento destinatário CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0010-56 (fl. 12), localizado no Estado da Bahia e o remetente CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 03.998.869/0002-46 (fl. 83), localizado no Estado de São Paulo, são a mesma empresa, que adquiriu a mercadoria importada, foi objeto da autuação, de

estabelecimento localizado no Estado de São Paulo (COPABO – fl. 80), em operação tributada pelo ICMS com alíquota de 18%.

Portanto, configura uma operação de circulação de mercadoria que foi tributada integralmente pelo ICMS para o Estado de São Paulo e operação subsequente, destinada a consumidor final localizado no Estado da Bahia, sendo cabível a partilha do imposto entre o Estado de São Paulo e o Estado da Bahia, dentro da finalidade que foi instituída pela Emenda Constitucional nº 87/2015, para a divisão do imposto entre Estado produtor e Estado consumidor, quando os bens e serviços forem destinados a consumidor final.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.0049/19-0**, lavrado contra **CONSTREMAC CONSTRUÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE