

N. F. Nº - 2107160353/18-6
NOTIFICADO - SANTA RITA-COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA
NOTIFICANTE - JOSÉ MARIA COTRIM
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0295-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. REMESSA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS SEM O RECOLHIMENTO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DO ICMS DESTINADO A CONSUMIDOR FINAL, CONTRIBUINTE OU NÃO LOCALIZADO NESTE ESTADO. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO O notificado, empresa que atua no ramo de construção civil, comprovou que as mercadorias foram remetidas de sua filial na cidade de Florianópolis/SC para prestação de serviço na construção civil contratado na cidade de Umburanas na Bahia, acostando aos autos o contrato de empreitada. Empresa do ramo da construção civil não seria contribuinte do ICMS, salvo nas situações em que produza bens e com eles pratique ato de mercancia diferente da sua real atividade no concreto, em que tal qual situação estabelece o art. 486, nunca quando adquirem mercadorias e as utilizem como insumos em suas obras. Infração insubsistente. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16.10.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.178,78 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 62.01.02: Remetente e ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do imposto em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Enquadramento Legal: inciso IV do art. 2º, inciso II do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15.

Multa prevista na alínea “a”, inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“No dia dezesseis de outubro de 2018, às 08:00hs o Sr. LUIS EVERALDO MARTINS RODRIGUES, CPF: 902.009.770-91, CNH 00575412702, motorista condutor do veículo placa OES5600/SC, fez a parada obrigatória neste Posto Fiscal Jaime Baleeiro – Urandi/BA e apresentou documentação fiscal relativa à carga que transportava, DANFES 13688, 13690, 13691 e 13695, referente a mercadoria tributada, procedente do Estado de Santa Catarina e destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado no município de Umburanas no Estado da Bahia, constatamos que o remetente deixou de recolher tempestivamente a parcela do ICMS devido a este Estado, previsto na EC – 87/2015 e Convênio ICMS 93/2015.”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros, cópias dos documentos: DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de nºs. 13.695 (fl. 04), 13.691 (fl. 05), 13.690 (fls. 06), 13.689 (fls. 07 e 8) e 13688 (fls. 09 e 10), procedentes, ambas, do Estado de Santa Catarina correspondente às mercadorias motivo da autuação, sem destinatário destacado, emitidas na data de 09/10/2018, com a seguinte indicação nas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES: “Mercadoria em trânsito. Material aplicado de nossa

propriedade para ser utilizado em nosso canteiro de obras de UMBURANAS–ENGIE. Endereço Rua Liborino Lopes de Almeida, Centro, nº 290, térreo, CEP. 44798000, UMBURANAS-BA”; documento do motorista e dos veículos (fl.11); Termo de Liberação nº 34278 (fl. 15).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 03).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 37 a 43), e documentação comprobatória às folhas 44 a 84, protocolizada na IFMT SUL/COORD. ATEND na data de 27.11.2018 (fl. 36).

Em seu arrazoadado, explica que a Notificada, é pessoa jurídica dedicada a três grupos de atividades, conforme previsto nos itens 1, 2 e 3 de seu Contrato Social, quais sejam (item 1) o comércio varejista e atacadista de materiais de construção em geral (item 2) atividades de engenharia e administração de projetos, construção, montagem, manutenção, cadastro, consultoria, gerenciamento, gestão, fiscalização, supervisão, operação e empreendimentos “turnkey” de: sistemas de iluminação pública, redes de linha de distribuição aéreas e/ou subterrâneas, urbanas e/ou rurais; linha de transmissão aéreas e/ou subterrâneas e/ou subaquáticas; subestações transformadoras de energia; instalações elétricas, hidráulicas, gás, para-raios, combates e prevenção de incêndio, alarme, sinalização e som em edificações industriais e comerciais, sistemas de transmissão de voz, dados e imagem; obras civis de infraestrutura. Superestrutura e construção em geral; painéis e quadros elétricos, hidráulica, térmica, solar e eólica, estruturas metálicas treliçadas para linhas de transmissão de alta tensão; linhas de transmissão de alta tensão; e (item 3) atividades de prestação de serviços de: instalação de máquinas e sistemas de condicionamento e tratamento de ar; instalação de máquinas, equipamentos e eletrodomésticos destinação final de máquinas, eletrodomésticos, equipamentos elétricos e lâmpadas.

Registra que para a consecução de suas atividades empresárias, a Notificada adquire mercadorias de terceiros, destinando-as quer à revenda, quer à aplicação em serviços por ela prestados para outros terceiros tomadores em operações sujeitas ao ISSQN, ressaltando que em nenhuma dessas hipóteses, aquelas mercadorias são destinadas a uso e consumo por parte da notificada, tampouco para integração em seu ativo imobilizado.

Pontua que por essas razões e considerando os limites disposto no artigo 484 e seguintes do RICMS/BA/12, não se pode cogitar da incidência do DIFAL sobre tais mercadorias vez que tinham como destino a aplicação exclusiva em obra realizada pela Notificada para terceiro, conforme faz prova incluso contrato de prestação de serviços, sendo por isso a Notificação Fiscal ora reclamada deve ser inteiramente cancelada.

Profere no DIREITO, que no caso em concreto, as mercadorias foram destinadas à prática de atividades sujeitas ao ISSQN, notadamente aquelas previstas nos itens 7.01 e 7.02 da Lista Anexa à Lei Complementar de nº 116/2003:

7.01 – Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

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).

Realça que o transporte interestadual de mercadorias vinculadas ao caso concreto se refere ao contrato de prestação de serviços (doc. 03) atinentes aos itens 7.01 ou 7.02 da LC nº 116/2003, nos quais a Notificada figura como prestadora de serviço, sendo as mercadorias relacionadas ao caso

concreto estavam sendo destinadas à execução daqueles serviços, corroborando com esta verdade as informações trazidas no campo de informações complementares:

“MER. EM TRÂNSITO MATERIAL APLICADO DE NOSSA PROP. PARA SER UTILIZADO EM NOSSO CANTEIRO DE OBRAS PE UMBURANAS – ENGIE. END: RUA LIBORINO LOPES DE ALMEIDA, CENTRO, N. 290, TÉRREO CEP 44798000, UMBURANAS- BA”

Pondera que não sendo a Notificada consumidor final das mercadorias, não poderia ser responsável pelo pagamento de qualquer valor a título de diferencial de alíquota, alegando que para que tal exigência possa ser formulada pelo Fisco seria necessária a presença concomitante de três elementos: (i) a prática de operação interestadual; (ii) o adquirente deve ser o contribuinte do ICMS; e (iii) o adquirente deve figurar como consumidor final, não sendo a Notificada a consumidora final das mercadorias por ela adquiridas em operações interestaduais, tendo em vista que não são empregadas quer como bens de uso e consumo, quer como bens do ativo imobilizado.

Complementa apresentando diversos julgados sobre o tema proferidos pelo Supremo Tribunal Federal onde vem afastando a exigência do diferencial de alíquotas do ICMS, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias empregadas em atividades de construção civil, afirmando que a própria legislação do Estado da Bahia afasta a incidência do ICMS, e por consequência de qualquer pagamento do diferencial de alíquota em casos como o presente apresentando que a dicção do artigo 486 do RICMS/BA/2012 determina que somente haverá incidência de ICMS quando o prestador de serviços, leia-se construtora, fornecer mercadorias fora do local de prestação do serviço, o que não é o caso, já que todas as mercadorias constantes nas notas fiscais, objeto da autuação serão aplicadas exclusivamente no local da prestação dos serviços.

Finaliza requerendo, respeitosamente, que seja conhecida e acolhida a presente impugnação, com o cancelamento integral da Notificação Fiscal. 2107160353/18-6.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº. 210716.0353/18-6, lavrada em 16.10.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.178,78, decorrente do cometimento da Infração (62.01.02) - Remetente e ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do imposto em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº. 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final contribuinte ou não – localizado neste Estado.

O enquadramento legal baseou-se no inciso IV do art. 2º, inciso II do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº. 87/2015; e Convênio ICMS 93/15, *acrescido de multa* prevista na alínea “a”, inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL BENITO GAMA, através da abordagem de veículos da SANTA RITA COMÉRCIO E INSTALAÇÕES (fl. 09), contendo os DANFES (NF-e) de nºs. 13.695 (fl. 04), 13.691 (fl. 05), 13.690 (fls. 06), 13.689 (fls. 07 e 08) e 13.688 (fls. 09 e 10), procedentes, ambos, do Estado de Santa Catarina, emitidos pela Empresa SANTA RITA COMÉRCIO E INSTALAÇÕES, na data de 11/10/2018, tendo como Natureza da Operação a Remessa de Mercadorias Prestação de Serviço, CFOP 6949 – Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, correspondente às mercadorias motivo da autuação, sem destinatário destacado, com a seguinte indicação nas INFORMAÇÕES

COMPLEMENTARES: “Mercadoria em trânsito. Material aplicado de nossa propriedade para ser utilizado em nosso canteiro de obras de UMBURANAS –ENGIE. Endereço Rua Liborino Lopes de Almeida, Centro, n 290, Térreo, CEP. 44798000, UMBURANAS-BA.”

Verifiquei através dos Sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o INC – Informações do Contribuinte, que a Notificada a Empresa SANTA RITA – COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA, com sede na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, é um CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO.

Assim, da análise dos elementos acostados aos PAF observo que a Notificação Fiscal foi lavrada contra o remetente das mercadorias, localizado em outra unidade da Federação, não existindo acordo interestadual e nem se trata de importações submetidas ao princípio do destino físico.

Nos julgamentos reiterados do CONSEF, constantes das Resoluções nº 4126/98, 0421/99, 1336/99 e 1356/99, e Acórdãos CJF 0087/99, 0177/00, 1081/00, 1092/00, 1399/00, 1621/00, 1767/00, 0157/01 e 2054-11/00, acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que os lançamentos fiscais que exijam ICMS de remetentes de mercadorias estabelecidos em outras unidades da Federação são nulos de pleno direito, por ilegitimidade passiva, tendo em vista a obediência ao princípio da territorialidade, que limita a aplicação e eficácia, neste caso, da lei tributária estadual ao território da unidade federativa que lhe deu vigência. Matéria que foi objeto da Súmula CONSEF Nº 3, in verbis:

“SÚMULA CONSEF Nº 3 É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.”

Entretanto, apesar de restar clara a nulidade, com base no artigo 155, Parágrafo único, do RPAF/BA, o qual estabelece que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, passo a analisar o mérito da infração.

No mérito, em sua defesa a Notificada está circunscrita à vedação estabelecida no art. 484 do RICM/BA/12 de inscrição de empresas do ramo da construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, ainda que declare alguma atividade secundária sujeita ao ICMS, e da exigência estabelecida no art. 486, deste mesmo diploma, que caso a empresa do ramo da construção civil forneça mercadorias produzidas fora do local da prestação dos serviços deverá emitir Nota Fiscal Avulsa e recolher o imposto devido, sustenta que não se pode cogitar da incidência do DIFAL sobre as mercadorias das NF-e de nºs 13.695 (fl. 04), 13.691 (fl. 05), 13.690 (fls. 06), 13.689 (fls. 07 e 8) e 13.688 (fls. 09 e 10) uma vez que estas estavam sendo enviadas de sua filial na cidade de Florianópolis e tinham como destino a aplicação exclusiva em obra realizada pela Notificada para terceiro, conforme faz prova incluso contrato de prestação de serviços (fls. 68 a 83), e indicado nas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES destas notas como “Mercadoria em trânsito. Material aplicado de nossa propriedade para ser utilizado em nosso canteiro de obras de UMBURANAS–ENGIE. Endereço Rua Liborino Lopes de Almeida, Centro, no. 290, térreo, CEP. 44798000, UMBURANAS- BA”

O Contrato assinado com a Empresa ENGIE BRASIL ENERGIA S.A. que é a responsável pelo desenvolvimento, implementação e operação de 18 projetos no Município de Umburanas e Sento Sé, Bahia, os quais consistem na implantação de 144 Aerogeradores GE, tem como o objeto deste, a obrigação da Notificada do Projeto, Fornecimento, Transporte, Montagem, Instalação e Comissionamento de Equipamentos Eletromecânicos, visando à execução de todo o projeto, as obras civis, o fornecimento e a instalação e montagem dos equipamentos eletromecânicos necessários à completa implantação do Complexo Umburanas.

Têm-se que o art. 485 do RICMS/BA/12 considera empresa de construção civil aquela que se encontra inscrita em um dos Códigos de Atividade Econômica – CNAE compreendidos nas classes das divisões 41 a 43. Assim, verifiquei através do site http://sistemas3.sef.sc.gov.br/sintegra/consulta_empresa_pesquisa.aspx do Sistema SINTEGRA/ICMS de Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Santa Catarina que a Notificada, embora possua o CNAE de sua atividade principal como comércio varejista de materiais de construção em geral, possui os CNAES de suas atividades econômicas secundárias compatíveis com a obrigatoriedade trazida pelo art. 485, sendo estes os de nºs. 4221902 - Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica; 4321500 - Instalação e manutenção elétrica; 4221903 - Manutenção de redes de distribuição de energia elétrica; 4329104 - Montagem e instalação de sistemas e equipamentos de iluminação e sinalização em vias públicas, portos e aeroportos; preenchendo

Entendo que os documentos fiscais que embasaram a notificação comprovam que a Notificada estava remetendo mercadoria de sua propriedade de sua filial localizada na cidade de Florianópolis no Estado de Santa Catarina para ser utilizada no canteiro de obras localizado na cidade de Umburanas na Bahia, neste caso específico em que a Empresa SANTA RITA – COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA está atuando como uma empresa do ramo da construção civil não seria contribuinte do ICMS, salvo nas situações em que produza bens e com eles pratique ato de mercancia diferente da sua real atividade no concreto, em que tal qual situação estabelece o art. 486, nunca quando adquirem mercadorias e as utilizem como insumos em suas obras, art. 484 § 2º.

Art. 484. Fica vedada a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, ainda que declare alguma atividade secundária sujeita ao ICMS.

§ 1º A empresa de construção civil que comprovar exercer alguma atividade secundária sujeita ao ICMS deverá constituir estabelecimento filial exclusivamente com essa atividade, com CNPJ próprio, a fim de obter a inscrição no Cadastro de contribuintes do ICMS, podendo ser localizada no mesmo endereço onde realiza as atividades sujeitas ao ISS.

§ 2º A empresa de construção civil que adquirir mercadoria de terceiro poderá autorizar o fornecedor a remetê-la diretamente para a obra, desde que no documento conste a indicação expressa do local, dentro do Estado, onde será entregue a mercadoria.

(...)

Art. 486. A empresa de Construção Civil que fornecer mercadorias produzidas fora do local da prestação dos serviços, nos termos da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, deverá emitir Nota Fiscal Avulsa e recolher o imposto devido.

In casu, ante a controvérsia da possibilidade ou não de se exigir pagamento de diferencial de alíquota de ICMS da Notificada atuante no ramo de construção civil que realize operação interestadual de insumos para utilização em sua atividade fim considero que a Notificada não pode ser compelida ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **210716.0353/18-6** lavrada contra **SANTA RITA – COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2020

JOSÉC ARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS -JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR