

A. I. N° - 272041.0003/23-9
AUTUADO - FACON ENGENHARIA LTDA.
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.03.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0021-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. BENS DESTINADOS AO CONSUMO E AO ATIVO IMOBILIZADO. Reconhecida a desistência tácita da impugnação, à luz dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. **IMPUGNAÇÃO PREJUDICADA.** Auto de infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2023 (ciência em 31/03/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 164.105,83, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: 006.005.001 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Multa 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 30/43, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Preliminarmente, alega nulidade do auto de infração por divergência entre o valor da autuação e o valor do demonstrativo na OS n° 503566/22, com base no art. 18 do RPAF/BA, cujo texto reproduz.

Relata que o demonstrativo da OS que instruiu a autuação (2720410003/23-9) revela valor do débito totalmente diverso do valor constante na autuação. Enquanto a autuação consta o montante correto, a OS aponta como ICMS-DIFAL devido o valor de R\$ 221.570,54, isto é, totalmente diverso. Argumenta que tal incongruência revela a iliquidez da autuação, de maneira que se revela impossível a determinação do montante do débito tributário supostamente devido pela Facon Engenharia.

Assim, na forma do art. 20 do RPAF, sustenta que se deve decretar a nulidade do auto de infração n° 272041.0003/23-9, em razão da incongruência apontada e da divergência de valores da autuação e da OS n° 503566/22, impossibilitando a determinação do montante do débito tributário.

No mérito, alega dispensa de recolhimento de ICMS-DIFAL por Empresa de Pequeno Porte (EPP), com base no art. 272, I, “a” e “b”, do RICMS/BA (cujo texto transcreve), pois o enquadramento da autuada (Facon Engenharia) era como EPP no exercício de 2021. Conforme disposição do RICMS, estão dispensadas do lançamento e do pagamento do ICMS-DIFAL, dentre outras, as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte nas aquisições de bens do ativo permanente e de materiais de uso e consumo.

Desse modo, pela legislação de regência, conclui que a autuação fiscal é indevida, em especial nos fatos geradores listados no exercício de 2021, visto que a Facon Engenharia Ltda. estava enquadrada como Empresa de Pequeno Porte (EPP) nesse período, conforme se faz prova pelos documentos anexos. Assim, estava desobrigada/dispensada de lançar e pagar o diferencial de alíquotas de ICMS nas aquisições de bens do ativo permanente/fixo e de material de uso e consumo durante todo o exercício de 2021.

Portanto, defende que se mostra insubsistente o Auto de Infração nº 272041.0003/23-9 e todas as supostas irregularidades apuradas na OS nº 503566/22 por esta Inspeção Fiscal, motivo pelo qual deve ser cancelada a autuação, bem como julgada improcedente com relação aos débitos ICMS-DIFAL no exercício de 2021.

Informa a atividade preponderante da Facon Engenharia - serviço sujeito ao ISS municipal - destinatária final não contribuinte de ICMS nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo para fins de fabricação e montagem de galpões. Explica que, conforme contrato social anexo, realiza, dentre outras atividades, a fabricação de artefatos de cimento para uso na construção (CNAE 2330-3/02), serviços de arquitetura (CNAE 7111-1/00), Serviços de engenharia (CNAE 7112-0/00) e Serviços de desenho técnico relacionados à arquitetura e engenharia (CNAE 7119-7/03). Em suma, a Facon Engenharia é empresa, cuja atividade preponderante/majoritária é a construção civil, mediante a fabricação de pré-moldados para posterior prestação de serviço de montagem de galpões por empreitada.

Acosta notas fiscais de serviço exemplificativas anexas e cópia de contratos de empreitada assinados, para provar que a atividade econômica principal da empresa é a fabricação e a instalação (montagem) de galpão pré-moldados, a qual é tributada exclusivamente pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Informa que fabrica as peças pré-moldadas (pilares, vigas e estruturas) para composição dos galpões contratados por empreitada global, destacando que não comercializa os pilares e estruturas pré-moldadas para montagem de galpão, isoladamente, já que toda a sua produção de estruturas para galpões (personalizada e adequada a cada obra) é destinada à prestação do serviço de engenharia (empreitada global).

Explica que, para a fabricação, são necessários, além dos insumos para composição do concreto (cimento, aço, areia e brita), equipamentos para realização da mistura dos materiais, bem como para o corte do aço para armação (equipamento denominado Endireitadeira) do pilar e montagem junto ao molde adaptado à obra contratada. Após concluída a fabricação e secagem dos moldes (pilares pré-moldados), promove o deslocamento das peças até o canteiro da obra contratada. Para tal, continua, as peças são içadas por um guindaste existente na parte superior da área de fabricação dos pré-moldados até a carroceria da carreta transportadora, conforme fotos que acosta.

Ato contínuo, a fim de transportar os pré-moldados que fabrica em seu estabelecimento até o canteiro de obras, explica que necessita utilizar veículos (caminhões e carretas). Pois bem. Para possibilitar a montagem do galpão (já no canteiro de obras), utiliza-se de caminhões denominados Munk, que se destinam à perfuração do solo para instalação dos pilares e ao encaixe das peças pré-moldadas durante o serviço de engenharia que presta. Acosta imagens para provar o quanto alega, destacando que os serviços de montagem de galpões por empreitada global (na forma dos contratos de empreitada anexos) contemplam, dentre outros, a fabricação e desenvolvimento da infraestrutura e superestrutura, a entrega e montagem da estrutura e a instalação da cobertura. Portanto, pela própria natureza do serviço prestado pela Facon, afirma ser imprescindível a utilização de meios para fabricação e deslocamento dos pré-moldados para compor a infraestrutura, bem como equipamentos (tal qual o caminhão Munk) para concretizar a montagem da infraestrutura. Explica que tais equipamentos, máquinas e veículos, indispensáveis à prestação dos serviços de engenharia, são adquiridos conforme a demanda da Facon Engenharia, que varia segundo o aumento dos serviços contratados ou a necessidade manutenção e/ou modernização do maquinário.

Desse modo, com relação às aquisições de veículos, máquinas e equipamentos (essenciais à sua atividade) destinados exclusivamente à fabricação e desenvolvimento da infraestrutura e superestrutura, a entrega e montagem da estrutura e a instalação da cobertura de galpões, informa que a Facon Engenharia é consumidora final não contribuinte do ICMS, não havendo falar em obrigação de recolhimento do diferencial de alíquota nessas operações, visto que é contribuinte do ISSQN.

A partir da análise do demonstrativo de operações listadas na OS nº 503566/22, acerca das quais, segundo entendimento desta Inspetoria Fazendária, a Facon Engenharia estaria sujeita ao pagamento de ICMS-Difal, aponta o equívoco da autuação impugnada. Isso porque, a empresa foi autuada para recolher ICMS-Difal nas operações interestaduais na qual figura como consumidora final não contribuinte do ICMS. Apresenta relação das aquisições interestaduais realizadas pela Facon Engenharia, na qual não está sujeita ao pagamento do diferencial de alíquota, detalhando a função de cada um dos equipamentos, para, a seguir, concluir que os veículos, máquinas e equipamentos indicados, adquiridos pela Facon Engenharia em operações interestaduais, são empregados exclusivamente na atividade de fabricação e montagem de galpões pré-moldados. Em relação a tais operações, conclui ser, portanto, destinatária final não contribuinte do ICMS, de modo que não está obrigada ao recolhimento de ICMS-Difal.

Nesse sentido, informa que o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula nº 432, pacificou o entendimento no sentido de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirirem mercadorias em operações interestaduais para empregá-las nas obras que realizam. Por esse motivo, entende que deve, o Auto de Infração, ser julgado improcedente nos pontos ora impugnados.

Informa, ainda, que, com o receio de ser compelida a recolher ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais nas quais não figurava como contribuinte, a Facon Engenharia impetrou Mandado de Segurança Preventivo em setembro/2022, distribuído sob o nº 8146467-22.2022.8.05.0001, junto à 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA. Explica que o Mandado de Segurança tem como objeto o reconhecimento do direito da Facon Engenharia ao não-recolhimento (ao afastamento da cobrança) do ICMS-DIFAL (formalizado) nas operações interestaduais de aquisição/compra de quaisquer veículos, máquinas, equipamentos e/ou insumos destinados à prestação do serviço de construção civil (empreitada global). Nesse sentido, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA deferiu pedido liminar para determinar que a Fazenda do Estado da Bahia se abstenha de cobrar ICMS-DIFAL sobre as operações listadas, conforme se verifica na decisão de datada de 04.10.2022, cujo dispositivo reproduz, conforme imagem abaixo.

“III. Dispositivo

Posto isso, concedo a segurança liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do ICMS-DIFAL no momento da aquisição/compra de mercadorias qualificadas como insumos do processo produtivo, tais como guindastes veiculares, endireitadeira (central de aço), par de truques, ou quaisquer outros veículos, máquinas, equipamentos destinados à prestação do serviço de construção civil (empreitada global) adquiridos pela impetrante, no exercício de suas atividades a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até ulterior deliberação.”

Explica que, não obstante, a Facon Engenharia foi autuada por esta Inspetoria, em março/2023, na vigência da decisão acima mencionada, em flagrante descumprimento da ordem judicial. Por este motivo, informa que a lavratura do Auto de Infração nº 272041.0003/23-9 foi noticiada nos autos, de maneira que o Juízo decidiu novamente, determinando que o Estado da Bahia suspenda os efeitos da autuação realizada, sob pena de multa, conforme abaixo:

“Ante o exposto, com o fito de assegurar o cumprimento integral da Decisão Liminar de ID. 246325, ordeno ao Estado da Bahia que cumpra os seus termos, suspendendo os efeitos da autuação realizada e de novas relativas às transferências e aquisições de mercadorias, pela Impetrante de outras Unidades da Federação, com o cunho de se exigir o pagamento de imposto, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00, limitada a dez dias.”

Portanto, diante dos efeitos da decisão liminar, defende que a presente autuação é descabida, pois viola a determinação judicial. Desse modo, deve-se cancelar a autuação ora impugnada, pelos motivos expostos.

Lado outro, argumenta que o diferencial de alíquota é devido apenas nas operações destinadas a consumidor final, isto é, contribuinte ou não do ICMS que adquire bens ou serviços para uso e

consumo ou para ser bem do seu ativo, com base no art. 155 da CF/88 e do art. 4º da LC 87/96, cujos textos reproduz. Assim, para as aquisições de insumos diretamente relacionados à atividade-fim empresarial, não há falar no recolhimento de ICMS-DIFAL, visto que serão empregados na industrialização e comercialização posteriores, ou seja, geradores de crédito de ICMS à Facon Engenharia.

Desse modo, conclui que não deve subsistir o Auto de Infração em relação às operações listadas na OS nº 503566/22 que descreve, acostando imagens e explicações adicionais.

Requer perícia, ao tempo em que apresenta quesitos e indica como assistente técnico Ruhan Filipe Vieira dos Santos, contador, cuja inscrição e endereço profissional detalha.

Arremata a sua peça impugnatória, reconhecendo como devidos os débitos decorrentes de aquisições, em operações interestaduais, no ano de 2022, de bens destinados a uso e consumo e ao ativo fixo/permanente, conforme indica em relação acostada às folhas 40/41.

Assim, na forma do RPAF do Estado da Bahia e da Lei estadual nº 7.014/96, a Facon Engenharia entende que tem direito de realizar o pagamento do débito não impugnado no Auto de Infração com redução de 90% (noventa por cento) do valor da multa.

Diante de todo o exposto, pelas razões acima expostas, requer:

- a) O recebimento, o processamento e o julgamento da presente defesa, na forma do RPAF, por tempestiva, oportuna e acompanhada dos documentos pertinentes, desde já declarados autênticos em cópia;
- b) Preliminarmente, a decretação da nulidade do auto de infração nº 2720410003/23- 9, na forma do art. 20, do RPAF, em razão da incongruência apontada e da divergência de valores da autuação e da OS nº 503566/22, impossibilitando a determinação do montante do débito tributário da autuação;
- c) Ad argumentandum, a improcedência do Auto de Infração em relação aos débitos apontados como devidos no exercício de 2021, na forma do art. 272, I, "a" e "b", do RICMS, visto que a Facon Engenharia estava enquadrada como EPP nesse período;
- d) A improcedência do Auto de Infração em relação às aquisições interestaduais, nos exercícios de 2021 e 2022, de máquinas, veículos e equipamentos destinados à prestação de serviço de fabricação, desenvolvimento e montagem de estruturas e superestruturas de galpões por empreitada global, por se tratar, nessas operações, de consumidora final não contribuinte de ICMS;
- e) Em cumprimento à liminar nos autos do Mandado de Segurança nº 8146467- 22.2022.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, a suspensão imediata dos efeitos desta Autuação Fiscal ora impugnada;
- f) Não sendo o caso da preliminar de nulidade arguida, o reconhecimento parcial do débito apontado como devido, garantido à Facon Engenharia a realização do pagamento do tributo com desconto de 90% (noventa por cento) no valor da multa, na forma do RPAF do estado da Bahia e da Lei estadual nº 7.014/96;
- g) A produção de todas as provas necessárias, especialmente com a realização de diligência e/ou perícia fiscal junto à Autuada, para fins de comprovação das alegações de defesa, na forma do arts. 123, § 3º e 145, do RPAF, cujos quesitos, justificação e indicação de assistente técnico ocorreram no tópico 7 desta defesa;

Nesses termos, pede deferimento.

À folha 164, o autuante presta informação fiscal, oportunidade em que tece as seguintes considerações.

Informa que observou as alegações da autuada, às folhas 25 a 141 do PAF, e obteve o seguinte resultado:

Quanto à Infração 01, admite que assiste razão à autuada em parte quando se refere a dispensa do lançamento e pagamento do ICMS-DIFAL nas aquisições de bens do ativo permanente, pois a redação foi alterada em 2015, como reproduz.

Logo, a partir de 01/01/2016, entende que há cobrança do ICMS-DIFAL sobre microempresas e empresas de pequeno porte. Refez os cálculos e obteve o ICMS-DIFAL de R\$ 6.213,12, conforme demonstrativo que acosta.

Opina que o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de infração única, cuja conduta autuada foi descrita como “*Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (DIFAL), na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando, dentre outras coisas, que, por se tratar de não contribuinte do ICMS, não está sujeito ao recolhimento do diferencial de alíquotas.

Nesse sentido, informa que manejou ação judicial (Mandado de Segurança Preventivo), mediante a qual obteve provimento liminar, cujo dispositivo proíbe o Estado da Bahia de cobrar ICMS-DIFAL sobre as aquisições de mercadorias em outras Unidades da federação, conforme dispositivo abaixo.

Posto isso, concedo a segurança liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do ICMS-DIFAL no momento da aquisição/compra de mercadorias qualificadas como insumos do processo produtivo, tais como guindastes veiculares, endireitadeira (central de aço), par de truques, ou quaisquer outros veículos, máquinas, equipamentos destinados à prestação do serviço de construção civil (empreitada global) adquiridos pela impetrante, no exercício de suas atividades a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até ulterior deliberação.”

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, na sua inteireza, com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, abaixo reproduzido.

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

Assim, é forçoso reconhecer que a escolha da via judicial importa na desistência da presente impugnação, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos para inscrição em dívida ativa. Frise-se que o MS ainda não transitou em julgado, o que impõe a feitura do presente lançamento, com vistas a obstar a fluência do prazo de cadencial.

Diante do exposto, dou por prejudicado o exame da petição impugnatória, dada a sua desistência tácita.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **JULGAR PREJUDICADA** a impugnação apresentada, restando incólume o Auto de Infração nº 272041.0003/23-9, lavrado contra **FACON ENGENHARIA LTDA.**, que exige ICMS, no montante de **R\$ 164.105,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O presente processo administrativo deve ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2024.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA