

A. I. N° - 207185.0030/12-9
AUTUADO - CCM-CONSTRUTORA CENTRO MINAS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 24.10.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0264-04/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **2.** LIVRO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Trata-se de empresa de construção civil, que não pratica a circulação de mercadorias, portanto não está sujeita ao cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas aos contribuintes do ICMS. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/01/2012, exige multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$69.909,73, através das seguintes infrações:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, conforme extratos de DMAs anexas, não declarou/registrou entradas de mercadorias e bens nos exercícios de 2007 a 2010. Multa de 1%: R\$67.149,73;
2. Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado, após três Intimações sucessivas, em 04/01/2012; 17/01/2012 e 24/01/2012 - multas aplicadas: R\$460,00 na 1ª Intimação; R\$920,00 na 2ª Intimação e, R\$1.380,00 na 3ª Intimação. Multas Fixas: R\$2.760,00.

O autuado apresenta defesa, fls. 173/180, de início, declara que entregou a impugnação no prazo previsto de 30 (trinta) dias, descreve os fatos das infrações e o seu enquadramento, reproduzindo-as.

Suscita a preliminar de nulidade quanto às intimações não recebidas, e informa que o endereço da empresa cadastrado no sistema da SEFAZ da Bahia é o da residência do engenheiro local, responsável pela obra e, como ele viaja muito, ficando temporadas sem retornar no edifício, o porteiro do prédio recebeu as correspondências, mas esqueceu de repassá-las ao notificado.

Assim, requer que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, pois em nenhum momento teve ciência das intimações, enviadas pela fiscalização, o que resultou na lavratura equivocada e na imposição de 2 (duas) infrações ao autuado.

Levanta a questão sobre o tratamento conferido às empresas de construção civil no Regulamento do ICMS/Ba, pois ressalta que o autuado está incluso no “CAPÍTULO XXXVIII – DO REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL, presente no regulamento que rege o ICMS no Estado da Bahia”, no qual a fiscalização olvidou o regime consignado no artigo 544, parágrafo único, inciso I, do Decreto que regulamenta o ICMS no estado da Bahia.

Assim, o referido artigo dispensa as empresas de construção civil da escrituração das notas fiscais nos livros fiscais, já que não obriga estas empresas à manutenção de tais livros. Logo, está equivocada a fiscalização em exigir da empresa autuada multa por descumprimento de obrigação que não é pertinente ao tratamento dado às empresas de construção civil no Estado da Bahia.

Evidencia que é empresa de construção civil e, portanto, está inserida no CAPÍTULO XXXVIII, do RICMS/BA, adquire mercadoria em outro Estado para aplicação e utilização em suas obras localizadas no Estado da Bahia. Em tais hipóteses, é de elementar inferência que a empresa que adquire os bens, mas não os comercializa com terceiros, não está promovendo a circulação da mercadoria, a caracterizar operação mercantil sujeita ao ICMS, pois não pratica o fato gerador do tributo.

Acrescenta que na autuação, é possível inferir que o autuado transferiu bens do ativo fixo de sua sede em Minas Gerais para o Estado da Bahia, fato também excludente da cobrança de ICMS. Argumenta que está em consonância com o artigo 541, parágrafo único, do RICMS/BA. Reproduz o dispositivo e colaciona decisões do STJ que chama atenção ao caráter de não contribuinte do ICMS (STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 336.458 - DF (2001/0094309-3). Relator MINISTRO FRANCIULLI NETTO. 2ª Turma. DJ 18/08/2005; REsp 325.155/ES, da relatoria deste Magistrado, DJU 13.12.2004 e AgRg no Ag 575.357/PB, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.8.2004; REsp 438.942/BA, Relator Ministro Castro Meira, DJ 9.8.2004; STJ. ROMS 9630 / MG - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: 1998/0024831-5. Relator Ministro José Delgado. 1ª Turma. DJ 13/06/2000).

Na questão do equívoco no enquadramento da penalidade em relação à infração 1, aponta que é claro que o fisco, ao lavrar o Auto de Infração, tomou como base para o "valor do débito" 1% do importe total das notas fiscais analisadas. No entanto, a fiscalização não levou em conta que as referidas notas não representam operações de conteúdo econômico, tendo em vista que a empresa apenas realiza operações não passíveis de tributação pelo ICMS. Assim, está incorreto o enquadramento – art. 322, inciso e parágrafo do RICMS -, não sendo o autuado contribuinte das operações realizadas. Jamais poderia ter sido enquadrada no inciso XI, do artigo 42, do Decreto Regulamentar, que rege o ICMS no Estado da Bahia.

Reproduziu o art. 42, inciso XV, alínea “d”, alegando que a aplicação correta seria no valor de R\$460,00 – “...por falta de atraso na escrituração de livro fiscal”.

Requer pela anulação do Auto de Infração em razão das intimações não recepcionadas, bem como pela dispensa da escrituração dos documentos fiscais, previsto no art. 544, I, parágrafo único do RICMS. Todavia, caso mantida a autuação, também requer a aplicação da penalidade prevista na letra "d", do inciso XV, no artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

O autuante, fls. 188/189, presta a informação fiscal, e preliminarmente, requer à fiscalização intimação ao autuado, para atendimento ao disposto no § 3º do art. 8º, do RPAF/99, haja vista que, que o mesmo protocolou sua petição inicial, sem fazer juntada da obrigatória cópia em meio magnético e em cópia (conforme observações constantes à fl. 172, do PAF – via de protocolo da Defesa) - o que torna o processo carente de saneamento para seu posterior curso normal.

No que pese os argumentos do autuado, estes não deverão prosperar, porque são insuficientes para elidir as infrações apontadas e eivadas de equívocos. Em relação às intimações para apresentação de livros e documentos – o autuado, não observou que, justamente a primeira intimação datada de 04/01/2012, foi recebida e assinada pelo próprio Engenheiro que reside no imóvel apontado como endereço – vide fl. 06, do PAF. Já nas duas últimas intimações, afirma que foram assinadas e recebidas pelos Porteiros do prédio, exatamente por indicação do Engenheiro, que, alegou eventuais ausências por viagem.

Ressalta que, no caso de imóvel residencial, como foi afirmado, a Portaria funciona como extensão do imóvel, sendo os porteiros responsáveis pelo recebimento de correspondências. Ademais, pode ser observado que na fl. 171 do PAF consta o Aviso de Recebimento do Auto de Infração, datado de 08/02/2012, data da ciência, e assinado justamente, por um dos porteiros do prédio.

Em relação à infração 1, de início, o autuado adota o Regime Simplificado por empresa de construção civil, conforme disposições do Art. 542-A e 542-B, do RICMS/97, o que depende da

celebração de Termo de Acordo específico, com o diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte. Contudo no curso da ação fiscal, não há comprovação através de documentos e registros necessários no Livro RUDFTO, da celebração de qualquer acordo, o que anula sua argumentação defensiva.

Portanto, pede pela manutenção das exigências fiscais, haja vista que não foram apresentados argumentos e fundamentos legais suficientes para elidir as infrações apontadas.

Nas fls. 198/205, o autuado junta a mesma defesa, com as mesmas razões, na qual afirma que a petição via meio magnéticos foi enviado para a funcionária Sra. Abelita Vieira Rego através de seu e-mail funcional.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade apresentada com relação ao fato de que o autuado não fora devidamente intimado, haja vista que desde a primeira intimação, datada de 04/01/2012, recebida e assinada pelo engenheiro residente na obra, na qualidade de preposto da empresa, estava iniciada regularmente a ação fiscal, consoante disposição do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99.

No mérito, estão sendo exigidas multas por descumprimento de obrigações acessórias, de empresa que exerce a atividade de construção civil, mas inscrita no cadastro estadual da Sefaz Itabuna, na condição de normal desde 17/05/2006. Ressalto que o fato de se encontrar inscrita no cadastro estadual não transforma a sociedade empresarial em contribuinte do ICMS, assim, como, analogamente, pelo fato de uma pessoa física não inscrita no cadastro do ICMS, que habitualmente comercialize mercadorias está sujeita ao pagamento do ICMS, pois com tal prática comercial faz incidir a hipótese de incidência tributária com o consequente fato gerador do ICMS.

Corroborando com esta análise, somente deve se inscrever na condição de contribuinte normal, empresa de pequeno porte ou microempresa, sempre que realizar, com habitualidade, operações sujeitas ao ICMS, nos termos do inciso IX do art. 2º do RICMS.

A Lei nº 7.014/96, no art. 1º traz as hipóteses de incidência do ICMS, e enumera nos seus incisos, taxativamente, que este imposto tem como fatos geradores: primeiro, a realização de operações relativas à circulação de mercadorias; segundo a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e em terceiro a prestação de serviços de comunicação.

O art. 2º II, da mesma norma legal, comanda que o ICMS incide sobre o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios e os sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Da mesma forma, o RICMS/BA, na Seção I, do Cap.XXXVIII, traça o quadro “*Das empresas de Construção Civil*”, e no art. 540 dispõe: “*Considera-se empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste Regulamento, toda pessoa física ou jurídica que **executar obras de construção civil, efetuando a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou no de terceiro***”. (Grifo nosso)

Na presente situação, não restou demonstrado que o autuado ao executar obras de construção civil efetua a circulação de mercadorias.

Ademais, consoante o § 1º do art.543, a empresa de construção civil fica obrigada à inscrição no cadastro estadual e ao cumprimento das demais obrigações previstas no Regulamento do ICMS, **quando realizar com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.**

O art. 542 enumera a não incidência do ICMS nas situações que especifica, e o art. 543, dispõe quando a empresa de construção civil deve se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS, antes de iniciar suas atividades, na condição de contribuinte normal, sempre que realizar com

habitualidade, operações sujeitas ao ICMS, e opcionalmente, na condição de contribuinte especial, tratando-se de empresa que se dedique, unicamente à prestação de serviços em obras de construção civil mediante contrato de administração, fiscalização, empreitada ou subempreitada, sem fornecimento de materiais ou apenas com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros.

Por último, o § 2º do art. 543 excepciona os canteiros de obras da obrigação de inscrição no cadastro de contribuintes, mesmo para a empresa de construção civil enquadrada como contribuinte do ICMS.

Na presente lide, na infração 1, a multa é relativa à falta de registro na DMA, mas a apresentação mensal da DMA está circunstrita aos contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de apuração em função da receita bruta, o que não é o caso.

Quanto à infração 2, relativa à falta de apresentação de livros fiscais, é obrigação acessória do ICMS a que está sujeita apenas os contribuintes do ICMS, não se aplica ao caso concreto.

Desse modo, nos autos não ficou demonstrado que a empresa autuada, embora inscrita no cadastro na condição de normal pratique com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, mas a contrário, os argumentos defensivos são no sentido de que não é contribuinte do ICMS, o que pode ser comprovado por meio da sua atividade empresarial, mas executa obras de construção civil. Nesse caso, não está obrigada ao cumprimento das obrigações acessórias previstas no RICMS, tais como as que lhe estão sendo atribuídas neste Auto de Infração. Por estes motivos, julgo improcedentes as infrações.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0030/12-9**, lavrado contra **CCM-CONSTRUTORA CENTRO MINAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR