

A. I. Nº - 180573.0003/12-1
AUTUADO - DIPAWA NORDESTE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E CONSTRUTORA LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 06/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0007-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida. 2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. É diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Infração não contestada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS. Multas de 10% e 1% respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova parte da referida escrituração. Infrações parcialmente subsistentes. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Nos termos do § 5º do art. 50 do RICMS/97, na comercialização interestadual de mercadorias para construtoras, só é aplicável a alíquota de 12% para empresas que apresentarem “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” dentro da validade na data da operação. Infração caracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 20/09/2012, exige crédito tributário no valor histórico de R\$134.632,71, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1 – recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de fevereiro, março, junho e agosto de 2009 e janeiro, maio julho, agosto e novembro de 2010 no valor de R\$8.748,23, acrescido da multa de 60%. Consta da descrição dos fatos que o contribuinte na qualidade de habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE através Resolução nº 59/2004, efetuou recolhimentos mensais do ICMS normal, a menos, em razão de ter incluído no cálculo das parcelas incentivadas, valores de débito não vinculados ao incentivo entre outras incorreções;

2 – falta do recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, nos meses de janeiro de 2009 a abril de 2010, no valor de R\$17.255,43, acrescido da multa de 60%;

3 – deu entrada no estabelecimento, em mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a abril, junho, agosto, outubro a dezembro de 2009, fevereiro, abril, novembro e dezembro de 2010, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas, totalizando R\$13.549,14;

4 – deu entrada no estabelecimento, em mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de novembro de 2009, abril e maio de 2010, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas, totalizando R\$2.480,23;

5 – recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto e setembro de 2010, no valor de R\$92.599,68, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo, através de advogado, procuração fl.232, ingressou com impugnação às fls. 227/231. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Requer que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito, sejam encaminhadas aos seus representantes legitimados pela citada procuração.

Suscita a nulidade dos itens 03 e 04, alegando insegurança na determinação, na apuração dos valores e cerceamento do direito de defesa, afirmando que não teve acesso aos documentos fiscais que deram base às multas, sendo que as poucas notas que recebeu (23200, 35968, 36614, 39156, 1072, 16165, 768,769, 1744, 818 e 829), não servem para comprovar a efetividade das operações e a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, pois não possuem qualquer indício de trânsito, tendo sido adquiridas junto aos emitentes (via sistema de NF eletrônica).

Frisa que de acordo com a jurisprudência dominante no CONSEF, apenas as primeiras vias ou as vias coletadas pelo sistema CFAMT possuem o condão de comprovar as operações. Transcreve acórdãos nesse sentido. (CJF nº 0270-12/11).

Afirma que das notas listadas no AI, reconhece as operações relativas aos documentos 768, 769, 2078 e 2630, lançadas no LRE, respectivamente, em 01/10/2010 (as 3 primeiras) e 17/01/2011, conforme comprovantes anexos. Já a NF 35968, afirma ter sido lançada faltando um dígito (3596), porém se trata da mesma operação, conforme se pode aferir pela data e valor. Pede em relação às notas não apresentadas ou apresentadas em segundas vias, pela nulidade do lançamento, e pela improcedência quanto aos demais documentos listados, lançados no LRE.

No que tange ao item 05, diz que de acordo com a documentação que anexa, as empresas listadas no auto se caracterizam como contribuintes do ICMS, bem como, afirma que existem fatos desconsiderados pelo Autuante, que eximem o valor exigido, conforme relaciona.

Robser Construtora Ltda	Conforme Sintegra Regime de apuração Normal do ICMS é desde 27/08/1996
Impermanta - Construções e Serviços Ltda	Conforme Sintegra Regime de apuração Normal do ICMS é desde 21/12/2007
GCM Construtora e Incorporadora Ltda	Conf. atestado de Cont. do ICMS nos termos do Conv. 137/02, é contribuinte do ICMS desde a data de 11/04/1991.
Santa Cruz Construções Ltda	Conf. atestado de Cont. do ICMS nos termos do Conv. 137/02, é contribuinte do ICMS desde a data de 11/03/2009.
Irtha Engenharia S.A.	Conf. da Sec. da Faz.do Ceará nº 331/09 em 12/05/09, possui aut. p adquirir mercadorias para Obra sediada naquele Estado.
JC - Serviços Integrados de Geologia Mineração e Meio Ambiente	Empresa Optante pelo Simples Nacional desde 01/01/2009

Construindo Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 20/12/2001
Construtora NM Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 07/08/2007
Construtora Incorporadora Guarany Ltda	Nota Fiscal devolvida através da NF 2.112 em 12/09/2009
I M de Queiroz	CNAE nº 47.31-8-00 Com. varej. de Comb. p Veículos Aut. - Contribuinte do ICMS.
Emcosa Empresa de Construções e Saneamento Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 17/02/1997
Construtora Alencar Velez Ltda EPP	Empresa Optante pelo Simples Nacional desde 09/02/2000
Construtora Metron Ltda	Conf. cartão de identificação do Contribuinte empresa com Regime de Apuração Normal
Construtora Dois Irmãos Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 24/11/2005
R.R.A Construtora e Serviços Ltda	Empresa Optante pelo Simples Nacional desde 01/07/2007
Polo empreendimentos	Atestado de Cont. do ICMS nos termos do Convênio 137/02, contribuinte do ICMS desde 28\03\1995.
ALUSA Engenharia Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 19/01/2009.
GBF Empreend. Imob. Tur. Ltda	Conforme Sintegra o Regime de apuração Normal do ICMS é desde 10/01/2002.
Intercon Ltda	NF nº 1954 emitida de forma equivocada conf. proc. nº 20100206925917 da Sec. Faz. SE. Dif. da alíquota recolhida, com multa.
Construtora Apia Ltda	N.F. 1441 validada pelo Fisco comprovando ser contribuinte.

Informa que no que tange aos estabelecimentos Jose Miricem Goncalves, Intercom Ltda, Construtora Nápoles, CCE Engenharia, MSV Construções Ltda e Consorcio Transposição, a Autuada reconhece ser devido o ICMS cobrado de R\$ 12.276,55, e o pagamento correspondente será providenciado.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos elementos ora carreados ao feito, revisão para alcançar a verdade material, determinando a regularidade, ou não, das vendas para contribuintes do ICMS. Pede pela nulidade dos itens 03 e 04, e, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência ou, no máximo, procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante produz a informação fiscal, fls. 295/298. Repete as irregularidades apontadas no presente lançamento. Diz que a autuada apresentou no prazo regulamentar impugnação parcial do Auto de Infração em apreço, tendo reconhecido as infrações 01 e 02 e questionado as 3 (três) demais de maneira parcial, conforme se pode constatar através dos itens descritivos da defesa.

Enfatiza que todas as infrações estão embasadas em planilhas demonstrativas e documentos apensos ao processo cujas fontes foram os lançamentos fiscais e contábeis da empresa, levando-se em conta os procedimentos adotados que infringiram a legislação fiscal do Estado da Bahia.

Sobre o pedido da autuada no sentido de que “todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos”, afirma que o setor competente que cuida da tramitação de processos obedecerá como já é de rotina, as normas do RPAF/99 inclusive aquelas relativas a direcionamento de intimações e notificações.

Quanto à nulidade das infrações 03 e 04 suscitada pela autuada, alegando cerceamento do direito de defesa por não ter tido acesso aos documentos fiscais que serviram de base para o cálculo das multas, o próprio contribuinte confessa que recebeu cópias de pelo menos parte das notas fiscais. Ademais, alega que as cópias das notas fiscais atinentes a tais infrações não comprovam a autenticidade das operações, bem como, as entradas das mercadorias no seu estabelecimento, por terem sido informadas pelos emitentes das mesmas, além de não possuírem o carimbo atestando o trânsito de mercadorias.

Sobre tais alegações destaca que todas as notas fiscais aludidas (infrações 03 e 04), estão relacionadas na planilha do Anexo III (páginas 20/21) onde constam além do nº. da NF, CNPJ, Razão Social do Fornecedor, Valor, Situação (tributada/não tributada). Registra ainda, que no momento da ciência do Auto de Infração, o representante da empresa autuada, recebeu uma via do citado anexo conforme assinatura à página 21 do PAF. Destaca que os números das notas fiscais foram pesquisados pelos arquivos Sintegra dos fornecedores, disponibilizados no Sistema SEFAZ, sendo que através do cruzamento de dados com os arquivos apresentados pela autuada, foram constatadas ausências dos referidos registros. Informa que as cópias das notas fiscais foram fornecidas pelos emitentes das mesmas, fato este que comprova a sua real existência, principalmente por se tratar de mercadorias que já eram rotineiras no elenco das aquisições por parte da autuada.

Quanto à questão do carimbo de comprovação pela passagem nos postos fiscais, diz que muitas mercadorias adquiridas especialmente na região metropolitana de Salvador não transitam por posto fiscal. Registra que as cópias das notas fiscais encontram-se apenas ao processo às páginas 78 a 103, dentre as quais, aquelas citadas na defesa e algumas são notas fiscais eletrônicas.

Sobre a invocação de jurisprudência no sentido de respaldar o seu pedido de nulidade, citando o Acórdão CJF nº. 0270-12/11 da 2ª Câmara de Julgamento fiscal do CONSEF, diz que através da Ementa, constata-se que o referido acórdão refere-se a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos), que na sua maioria transitam por postos fiscais. De maneira oposta, as mercadorias em questão transitaram na própria região metropolitana de Salvador, onde normalmente não passam por postos fiscais. Afirma que no levantamento fiscal existem algumas notas fiscais eletrônicas que dificilmente são passíveis de adulteração. A prova disto é que a defesa refere-se a notas fiscais, que apesar de estar na relação citada, o contribuinte comprovou o respectivo lançamento houve prova de seu lançamento.

Ainda com relação às infrações 03 e 04, afirma que a autuada alega na sua defesa, que as notas fiscais de nº. 768, 769, 2078 e 26370, que compõem o Anexo III, foram lançadas no livro fiscal próprio (LRE). Diz constatar pela planilha, bem como através das cópias das notas fiscais, que documentos emitidos em novembro de 2009 foram lançados em 2010 e nota fiscal emitida em dezembro de 2010, foi lançada em 2011. Além disto, conforme foi mencionado na própria defesa, houve um erro no lançamento quanto à nota fiscal de nº. 35968 que no LRE aparece como 3596.

Salienta reconhecer que as referidas notas fiscais foram lançadas, portanto, informa que realiza correções nos valores do Anexo III através da planilha Anexo III-A, que resulta nas seguintes alterações:

Infração 03: março/2009 – exclusão de R\$276,51; dezembro/2009 – redução de R\$15,60; dezembro/2010 – redução de R\$238,92. Valor total da infração 03 com reduções: R\$13.018,11.

Infração 04: novembro/11 – exclusão de R\$735,01. Valor total da infração 04 com redução: R\$1.745,22.

Relativamente à infração 05 a autuada alega em sua defesa que as empresas de construção civil listadas na planilha do anexo IV na realidade são contribuintes. No entanto, diz que pode se

constatar pela documentação apensa ao processo, que não houve justificativa para utilização da alíquota de 12% no contexto das cláusulas do Convênio nº. 137 de dezembro de 2002, conforme texto que transcreve. Afirma que o autuado descumpriu a norma do parágrafo 1º do Convênio acima citado, portanto não procedem as alegações da defesa quanto à condição das empresas de construção civil na qualidade de destinatárias das mercadorias em outros Estados da Federação. Nesta mesma linha, transcreve o § 5º, inciso II do art. 50 do Regulamento do ICMS/BA (Decreto 6.284/97) que diz confirmar o acerto da autuação.

Conclui que com base nos documentos e dispositivos regulamentares apresentados no processo, ficam ratificados os termos da infração 05. Opina pela procedência total das infrações 01, 02 e 05, além das infrações 03 e 04 com os ajustes efetuados conforme se encontra demonstrado no Anexo III-A.

Ao tomar ciência da informação fiscal o contribuinte volta a se manifestar fls. 305/307. Reitera todos os termos da defesa, renovando o pedido de nulidade dos itens 03 e 04, dizendo que continua sem ter acesso aos documentos fiscais que deram base às multas, citando as notas que recebeu e que entende não comprovar a efetividade das operações e a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado.

Frisa que o Autuante, na informação fiscal, não atende ao disposto no RPAF/99, pois não houve manifestação sobre todos os pontos da defesa, confessando que as notas foram pesquisadas no "SINTEGRA dos fornecedores", e adquiridas perante terceiros, sendo que, de acordo com a jurisprudência dominante no CONSEF, apenas as primeiras vias ou as vias coletadas pelo sistema CFAMT possuem o condão de comprovar as operações.

Salienta que reconhece as operações relativas aos documentos 768, 769, 2078 e 2630, lançadas no LRE, e a NF 35968, que foi lançada faltando um dígito (3596), porém se trata da mesma operação, conforme se pode auferir pela data e valor. Pede assim, em relação às notas não apresentadas ou apresentadas em segundas vias, pela nulidade do lançamento, e pela improcedência quanto aos documentos acima listados, lançados no LRE.

A respeito da infração 05 repete que, de acordo com a documentação anexada ao PAF, não combatida de forma eficaz, as empresas listadas no auto se caracterizam como contribuintes do ICMS, bem como reafirma a existência de fatos desconsiderados pelo Autuante, que apontou na defesa inicial. Quanto aos estabelecimentos que fazem parte do levantamento e que são construtoras, diz já ter reconhecido o ICMS cobrado no valor de R\$ 12.276,55.

Pede a nulidade dos itens 03 e 04, e, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência ou no máximo, procedência parcial do Auto de Infração.

Em função da aposentadoria do fiscal autuante, nova informação fiscal é prestada desta feita por um auditor designado, fl.313.

Diz que em análise ao processo, identifica que o auditor fiscal autuante, Ariston Alves da Silva, apresentou em sua informação fiscal, constante às folhas 295 a 300, todas as informações necessárias e pertinentes a ação fiscal efetuada, analisando parte a parte, todos os dados da contestação protocolada pelo autuado.

Observa que na nova manifestação elaborada pelo contribuinte, nada de novo foi apresentado, apenas reiterou a defesa inicialmente protocolada e repetiu as informações não acatadas pelo Auditor Fiscal autuante.

Reitera integralmente a informação fiscal prestada pelo autuante e face às razões e provas apresentadas, respaldadas que estão na Lei e no Regulamento do ICMS/BA, pede ao CONSEF, o julgamento pela procedência total das infrações 01, 02 e 05, além das infrações 03 e 04 com os ajustes efetuados, conforme se encontra demonstrado no Anexo III-A, constante à folha 299.

Ressalta que o próprio contribuinte reconhece parte do Auto de Infração, quando protocola através do processo SIPRO nº 204783/2013-6, o documento “Termo de Confissão de Dívida - Refis” de acordo com o art. 4º da Lei 12.903/2013, o qual apensa ao presente PAF.

Consta dos autos fls.316/318, extrato do SIGAT/SICRED demonstrando pagamento das parcelas reconhecidas pelo autuado.

VOTO

No presente lançamento fiscal está sendo exigido ICMS em decorrência de 05(cinco) infrações: (i) recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, pois na qualidade de habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE, efetuou recolhimentos mensais do ICMS normal, a menos, em razão de ter incluído no cálculo das parcelas incentivadas, valores de débito não vinculados ao incentivo entre outras incorreções; (ii) falta do recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários; (iii) deu entrada no estabelecimento, em mercadoria sujeita a tributação e (iv) não tributadas, sem o devido registro na escrita fiscal; (v) recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual.

O autuado em razões defensivas contesta parcialmente as infrações 03, 04 e 05. Constatado, portanto, que não existe lide a ser julgada em relação às infrações 01 e 02, pois o sujeito passivo ao não se manifestar sobre as mesmas, acabou por reconhecer a sua subsistência. Mantidos estes lançamentos.

O defendente arguiu a nulidade dos itens 03 e 04 sob a alegação de não ter recebido parte dos documentos fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal, afirmando que teve acesso aos documentos fiscais que deram base às multas, através de vias fornecidas pelos fornecedores e adquiridas pelo autuante através do sistema SINTEGRA.

Inicialmente, há de se salientar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, inexistindo as alegadas irregularidades que não permitem apurar, com segurança, o quanto devido, como afirma o defendente, cuja acusação fiscal está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto aos seus fornecedores localizados em diversos estados membros da Federação, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas.

Da análise dos documentos que compõem o PAF, constato que todas as notas fiscais aludidas (infrações 03 e 04), estão relacionadas na planilha do Anexo III (páginas 20/21) onde constam além do nº da NF, CNPJ, Razão Social do Fornecedor, Valor, Situação (tributada/não tributada), e que foram entregues ao representante da empresa autuada, conforme assinatura à página 21 do PAF. Vejo que as cópias das notas fiscais foram entregues ao autuado e encontram-se apensadas ao processo às páginas 78 a 103.

Portanto, saliento que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do convencimento por parte desta julgadora para decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99.

No mérito, as infrações 03 e 04, referem-se respectivamente à entrada de mercadorias tributáveis e não tributáveis no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal.

Em sede defensiva, o autuado apontou que os documentos fiscais nº 768, 769, 2078 e 2630, estavam lançados no LRE. Já a NF 35968, afirmou ter sido lançada faltando um dígito (3596), porém se tratava da mesma operação, conforme se pode aferir pela data e valor. Disse ainda, que não teria tido acesso as primeiras vias de alguns documentos fiscais que deram base à autuação, pois o autuante teria se baseado em documentos disponibilizados por fornecedores constantes do sistema SINTEGRA.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que no momento da ciência do Auto de Infração, o representante da empresa autuada, recebeu uma via dos demonstrativos destas infrações conforme assinatura à página 21 do PAF e que as cópias das notas fiscais foram fornecidas, fato este que comprova a sua real existência, principalmente por se tratar de mercadorias que já eram rotineiras no elenco das aquisições por parte da autuada.

Entendo que não deve prosperar a alegação do autuado de que para validade da autuação deveria ter recebido as primeiras vias dos documentos ou que estes deveriam ser capturados pelo sistema CFAMT. Observo que todas as notas fiscais elencadas no levantamento estão apensadas ao processo e em sua maioria são notas fiscais eletrônicas. Não existe primeira via de nota fiscal eletrônica, considerando que são virtuais. Através da chave de acesso constantes nos documentos, que podem ser acessados pela internet, o contribuinte pode imprimir o DANFE - Documento auxiliar da nota fiscal eletrônica e exercer de forma plena seu direito de defesa.

Ademais, a primeira via do documento fiscal pertence ao contribuinte, não fazendo sentido o entendimento de que as primeiras vias de tais documentos deveriam ter sido fornecidas pela fiscalização.

Sobre as notas fiscais reconhecidas pelo autuado como representativas de suas operações, o autuante afirmou que apesar das citadas notas fiscais terem sido registradas com atraso, reconhece que foram devidamente escrituradas no livro de Entradas do autuado, realizando as correções devidas no Anexo III, alterando os valores que ficaram reduzidos na infração 03 para R\$13.018,11 e na infração 04 para R\$1.745,22.

Acato os ajustes realizados pelo fiscal autuante considerando que se deram à vista dos livros e documentos fiscais disponibilizados pelo autuado que comprovou a escrituração fiscal dos documentos apontados e as infrações 03 e 04 remanescem conforme demonstrado no Anexo III-A constante à folha 299.

A infração 05 refere-se ao recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual.

O defendente disse que, de acordo com a documentação que anexa, as empresas listadas no auto se caracterizariam como contribuintes do ICMS, bem como, afirmou que existem fatos desconsiderados pelo Autuante, que o eximem do valor exigido, conforme os argumentos a seguir: (i) algumas empresas, conforme sistema SinTEGRA, teria regime de apuração Normal do ICMS, portanto, seriam contribuintes do referido imposto; (ii) algumas empresas seriam optantes pelo Simples Nacional; (iii) empresa com CNAE nº 47.31-8-00 / Com. varejista de combustíveis p/ Veículos; (iv) empresas com atestado de contribuinte do ICMS nos termos do Convênio 137/02.

O impugnante declarou ainda, que no que tange aos estabelecimentos, Jose Miricem Goncalves, Intercom Ltda, Construtora Anápoles, CCC Engenharia, MSV Construções Ltda e Consorcio Transposição, reconhece ser devido o ICMS cobrado de R\$ 12.276,55, e que o pagamento correspondente seria providenciado.

Pela análise do levantamento fiscal que dá suporte a esta infração, vejo que as empresas ali relacionadas possuem atividade econômica na área da construção civil. O autuado realizou operações destinando mercadorias a estas empresas, todas situadas em outra unidade da Federação, aplicando alíquota de 12%, portanto considerando-as contribuintes do ICMS.

Em suas alegações, o autuado entende que o fato das empresas serem optantes pelo Simples Nacional ou realizarem a apuração do imposto pelo Regime Normal, as credenciam automaticamente à condição de contribuinte do ICMS. Ocorre que o Convênio 137/02 e o Regulamento do estado da Bahia condicionam esta regra.

Sobre a matéria, assim dispõe o § 5º, inciso II do art. 50 do RICMS/BA:

Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I – (. . .)

II - 12%, nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto;

§ 5º. Somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS, se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano. (Conv. ICMS 137/02).(grifos nosso)

Da análise do dispositivo acima transcrito, verifico que o autuado não comprovou preencher os requisitos determinados no parágrafo 5º, visto que a regra é clara e expressa, no sentido da necessidade das empresas do ramo da construção civil apresentar o “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” com plena validade, no momento da ocorrência do fato gerador.

Compulsando os autos, vejo que o sujeito passivo apensou ao processo apenas 2 (dois) “Atestados de Condição de Contribuinte do ICMS”, fls. 240 e 241.

O primeiro, refere-se a empresa GCM Construtora e Incorporadora Ltda., emitido em 24.05.2012 com prazo de validade 24.05.2013. Ocorre que a operação alvo da autuação em comento, se deu em fevereiro e março de 2009, portanto, não se encontra nos autos, o documento hábil para elidir a infração.

O segundo, refere-se a empresa Santa Cruz Construções Ltda., que da análise do levantamento fiscal, fls.22/25, constata-se não fazer parte do referido demonstrativo.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas neste item da peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame, visto que os atestados apensados com a defesa não atendem ao prescrito no dispositivo regulamentar acima transcrito. Dessa forma, considero que a infração 05 restou totalmente caracterizada.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **180573.0003/12-1**, lavrado contra **DIPAWA NORDESTE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E CONSTRUTORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.603,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” e multa pelo descumprimento de obrigação

acessória no valor de **R\$14.763,33** previstas no artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de janeiro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR