

A. I. N° - 269353.0804/15-7
AUTUADO - GRÁFICO EMPREENDIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-02/16

EMENTA: ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, MATERIAIS DE USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO. Reconhecimento parcial. Pagamento de parte do débito tributário. Apresentação de fato modificativo. Argumentos defensivos elidem parcialmente a acusação fiscal. Redução do valor imputado. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/10/2015, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$96.226,33, em razão de:

Infração 01 – 02.15.01 – Deixou de recolher ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil. Consta que o contribuinte, na qualidade de signatário do Termo de Acordo, nos termos do RICMS/BA, art. 490, aprovado pelo Decreto 13.780/12, deixou de recolher o ICMS no exercício de 2015. Os valores do ICMS apurados relativos às mencionadas aquisições, utilizando o regime em tela, constam da planilha em excel denominada “EFD_ItensEntrIcms_GRÁFICO_2015_i”, gravada no CD constante do Anexo II, fls. 08 e 09, e cujas primeira e última folha constam no Anexo IV, fls. 14 e 15.

Às folhas 23 e 24, o autuado requer a emissão de DAE para pagamentos dos valores reconhecidos no total histórico de R\$67.296,08, conforme detalhamento no corpo do requerimento.

O autuado ao impugnar parcialmente o lançamento tributário, folhas 24 a 32, mediante advogado habilitado nos autos, argui equívocos na planilha demonstrativa acostada pelo autuante, pois desconsiderou “*Fatores de Cancelamento da Obrigação Tributária*”.

Frisa que diante da planilha de débito fiscal apresentada pelo agente fiscalizador e, levando-se em consideração o mesmo método utilizado para apurar o ICMS referente aos exercícios fiscalizados, constatou equívocos quanto à sua elaboração, principalmente, porque, em muitas ocasiões – as quais serão dispostas -, não foram considerados fatores que extinguem a obrigação tributária, seja por determinação legal, seja por mera inexistência de fato gerador.

Aduz que os fatores citados e que serão demonstrados, um a um em tabela, além de comprovados pela juntada das Notas Fiscais referentes, são a devolução de mercadorias e o cancelamento de Notas Fiscais, que, por evidente evitam a ocorrência do fato gerador, uma vez que a transação, em si não se efetivou, a entrada de bem para reparos, que não configura o fato gerador e mercadoria com alíquota interna do estado de origem, sujeitas ao quanto determinado no artigo 485, parágrafo único, I do RICMS – Bahia:

Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3 % (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput:

I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem;

Assegura que, desta forma, considerando-se através de uma singela análise o valor imputado como não recolhido pelo agente fiscal no Auto de Infração em epígrafe, de R\$ 96.226,33, explícito se torna que, se houvessem as devidas deduções na base de cálculo, – que serão abaixo pormenorizadas – seria de apenas R\$ 65.682,28, já integralmente recolhidos, como comprovam os DAE's anexos (**Doc. 09**).

Assim, entende ser imperioso ratificar o equívoco quanto à realização da planilha pelo agente fiscal, reconhecendo os equívocos apontados e corrigindo o valore do efetivo débito, ora, integralmente pago, haja vista, a documentação apresentada comprovar a total procedência dos argumentos aqui espostos.

Em seguida passou a apontou os erros da fiscalização.

JANEIRO: Observa que no mês de Janeiro houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida, notas canceladas, mercadoria que utilizou a alíquota interna do estado de origem, além de produto que apenas entrou para reparos, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 01**). Assim, os valores reais, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	49.556,64
<i>ICMS RECOLHIDO</i>	(41.883,54)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	7.673,10
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	309,34)
<i>ENTRADA MERCADORIA OU BEM REC. P/CONSERTO OU REPARO</i>	(76,48)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(669,03)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	(840,00)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	5.778,25

FEVEREIRO: Observa que no mês de Fevereiro houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida e notas canceladas, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 02**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	37.531,04
<i>ICMS RECOLHIDO</i>	(22.139,10)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	15.391,94
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(2.946,51)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(2.596,34)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	9.849,09

MARÇO: Observa que no mês de março houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida, notas canceladas, notas que possuem ICMS por substituição tributária e notas nas quais foi utilizada a alíquota interna do estado de origem, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 03**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	72.322,53
<i>ICMS RECOLHIDO</i>	(54.591,92)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	17.730,61
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(749,32)
<i>MERCADORIA COM ICMS SUBST. TRIBUTÁRIA</i>	(87,59)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(1.121,43)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	(1.851,77)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	13.920,50

ABRIL: Observa que no mês de abril houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida, notas canceladas e notas nas quais foi utilizada a alíquota interna do estado de origem, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 04**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	56.417,42
<i>ICMS RECOHIDO</i>	(29.559,71)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	26.857,71
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(735,04)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(754,48)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	(2.257,37)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	23.110,82

MAIO: Observa que no mês de maio houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida e notas canceladas, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 05**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	60.730,84
<i>ICMS RECOHIDO</i>	(45.663,71)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	15.067,13
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(66,74)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(762,42)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	14.237,9

JUNHO: Observa que no mês de junho houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida, notas canceladas e notas nas quais foi utilizada a alíquota interna do estado de origem, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 06**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	61.445,21
<i>ICMS RECOHIDO</i>	(50.969,83)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	10.475,38
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(6.900,35)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(1.000,47)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	(3.250,33)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	(675,77)

JULHO: Observa que no mês de julho houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas cuja mercadoria foi devolvida, notas canceladas e notas nas quais foi utilizada a alíquota interna do estado de origem, conforme comprovam as Notas anexas (**Doc. 07**). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	34.624,90
<i>ICMS RECOHIDO</i>	(32.712,36)
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	1.912,54
<i>MERCADORIA DEVOLVIDA</i>	(57,18)
<i>DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA CFOP 2102</i>	(46,08)
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(1.894,50)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	(53,92)
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	(139,14)

AGOSTO: Observa que no mês de agosto houve, por parte do agente fiscalizador, a inclusão, na base de cálculo do imposto devido de diversas notas canceladas e notas nas quais foi utilizada a

alíquota interna do estado de origem, conforme comprovam as Notas anexas (Doc. 08). Assim, os valores reais de, devidamente corrigidos para este mês são os seguintes:

<i>ICMS COBRADO</i>	31.346,02
<i>ICMS RECOHIDO</i>	<u>(30.228,10)</u>
<i>VALOR RECOLHIDO A MENOR</i>	1.117,92
<i>NOTAS FISCAIS CANCELADAS</i>	(450,30)
<i>MERCADORIA COM ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM</i>	<u>(268,18)</u>
<i>VALOR REAL DEVIDO</i>	399,44

Argui nulidade, alegando que “*Erros Substanciais no Auto de Infração*”, transcrevendo o inciso IV do artigo de 39 do RPAF/99, sustentando que a autoridade fiscalizadora, ao elaborar o Auto de Infração, preencheu de forma totalmente equivocada, apresentado datas de vencimento das obrigações, bases de cálculo e alíquotas tributárias totalmente diferentes dos aplicáveis ao caso.

Ressalta que a impugnante é empresa de construção civil, submetida ao regime simplificado de tributação, conforme disposto no capítulo XLIX do RICMS, artigos 484 e seguintes deste dispositivo legal, desta forma, a alíquota de ICMS à qual está submetida a Impugnante é de 3% (três por cento) e não de 17% (dezessete por cento) como apontado no Auto, ora combatido; a data de vencimento mensal da obrigação tributária também difere daquela apresentada no auto e, por fim, os valores de “base da cálculo” apresentados na tabela do Auto encontram-se totalmente diferentes, inclusive daqueles apontados na documentação digitalizada que acompanha o Auto.

Sendo assim, em seu entendimento, restou demonstrado o não cumprimento do disposto no artigo 39, inciso IV, do RPAF, uma vez que foram inseridas diversas informações equivocadas no Auto de Infração, gerando a nulidade do mesmo e claro prejuízo ao Direito de Defesa da Impugnante.

Ao final, requer o acolhimento da impugnação.

Os autuantes apresentam a informação fiscal, fls. 194 a 197, na qual acatam, em parte, os argumentos defensivos propostos pelo impugnante.

JANEIRO - acataram o que pede a defesa, exceto relativamente à NF 1580, na qual o contribuinte alega que a operação foi feita com a alíquota interna. Sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes da nota fiscal citada lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês de janeiro o valor de R\$ 840,00.

FEVEREIRO - acataram integralmente o que pede a autuada.

MARÇO – Acataram o que pede a autuada quanto às notas fiscais que foram canceladas e aquelas cujas mercadorias foram devolvidas. Quanto à alegação de que foram incluídas no levantamento mercadorias com o ICMS recolhido antecipadamente, constantes das notas fiscais 97195 e 97419, não acataram, ressaltando que as mercadorias constantes destas notas fiscais, e que foram objeto da presente exigência fiscal tem CFOP 6102, conforme pode ser visto nos DANFE anexados pela defesa às fls. 86 e 87, bem como na planilha constante do Anexo II e, portanto foram tributadas normalmente. Da mesma forma, não acataram a alegação de que foram incluídas operações tributadas pela alíquota interna relativamente às notas fiscais 318640, 318860 e 104123. Sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes das notas fiscais citadas lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês em tela o valor de R\$ 1.939,36.

ABRIL - Acataram o que pede a autuada quanto às notas fiscais que foram canceladas e aquelas cujas mercadorias foram devolvidas. Deixaram de acatar a alegação de que foram incluídas operações tributadas pela alíquota interna relativamente às notas fiscais 10924, 324032, 107635, 107636, 325137, 108477 e 108500. Sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela multicitada Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes das notas fiscais citadas lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês de abril o valor de R\$ 2.257,37.

MAIO - Acataram integralmente o que pede a autuada.

JUNHO - Acataram o que pede a autuada quanto às notas fiscais que foram canceladas e aquelas cujas mercadorias foram devolvidas. Deixaram de acatar a alegação de que foram incluídas operações tributadas pela alíquota interna relativamente às notas fiscais 4108, 14972, 14974, 14976 e 14978. Como dito anteriormente, sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes das notas fiscais citadas lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês de junho o valor de R\$ 3.250,33.

JULHO - Acataram o que pede a autuada quanto às notas fiscais que foram canceladas e aquelas cujas mercadorias foram devolvidas. Deixamos de acatar a alegação de que foram incluídas operações tributadas pela alíquota interna relativamente à nota fiscal 119506. Sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes das notas fiscais citadas lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês de julho o valor de R\$ 53,92.

AGOSTO - Acataram o que pede a autuada quanto às notas fiscais que foram canceladas. Deixaram de acatar a alegação de que foram incluídas operações tributadas pela alíquota interna relativamente às notas fiscais 123728, 123729 e 123730. Repetimos, sendo o uso da alíquota em tela disciplinado pela Resolução 04/98 do Senado Federal, tendo constatado que as NCM vinculadas às mercadorias constantes das notas fiscais citadas lá não se encontram. Deste modo, mantiveram para o mês em tela o valor de R\$ 268,18.

Em relação a arguição de nulidade, esclarecem que os 3% a que se refere a defesa é na verdade um percentual previsto no artigo 484 do RICMS/BA, não existindo tal alíquota na legislação tributária do Estado da Bahia. Deste modo, dizem ser impossível concordar com o que pede a defesa.

Frisa que, visando sistematizar a análise da defesa apresentada, tomaram a planilha citada pela autuada e acrescentaram as colunas “**Posição dos Autuantes**”, onde foi posto se as alegações da autuada foram acatadas ou não, e a coluna “**ICMS DEVIDO Remanscente**”, onde foi colocado o valor que restou após a análise das razões da defesa. Esta planilha esta às fls.198 a 207, e reflete todo o posicionamento dos Autuantes em relação à defesa da Autuada.

O autuado, fls. 212 e 213, recebeu cópia da informação fiscal e dos levantamentos revisados, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls.215 a 223, inicialmente, arguiu nulidade da intimação, pois foi encaminhada para casa de um dos sócios. Reproduziu os argumentos anteriores, acrescentando que a Resolução 04/98 do Senado Federal, citado pelos autuantes na informação fiscal, nada tem a ver com o ICMS.

Em nova informação fiscal, fls. 237, em relação à Resolução SF 04/98, aduzem que uma breve consulta ao citado dispositivo legal mostra o acerto desta fiscalização. Deste modo, não havendo fato ou argumento novo a ser apreciado, mantém o entendimento posto na informação fiscal anterior.

Às folhas 349 e 350, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 67.296,08, correspondente ao valor histórico reconhecido.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma

violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Sobre a alegação de erro no preenchimento no Auto de Infração em relação a datas de vencimento das obrigações, bases de cálculo e alíquotas de 17%, também não cabe acolhimento, uma vez que as datas de ocorrências foram determinadas em razão das datas das notas fiscais.

No tocante ao percentual de alíquota, cabe registrar que o Auto de Infração foi lavrado mediante Sistema Informatizado, previamente definido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ-BA., o qual não possibilita a inclusão de outra alíquota, dessa forma, a fiscalização apura o ICMS devido, valor que transportado para o corpo do Auto de Infração, é calculada uma base de cálculo ficta para uma alíquota de 17%.

Somente à título de exemplo, cito o mês de agosto/15, no qual consta no ANEXO IV, fl. 15 dos autos, um total de R\$1.044.867,20, que aplicada a alíquota de 3%, resulta no de R\$31.346,02. Esse valor foi transportado para o demonstrativo à folha 07 dos autos, na coluna “ICMS_ST_A_RECOLHER, o qual foi deduzido do valor recolhido de R\$30.228,10, resultando na diferença de R\$1.117,92, o qual foi transportado para o Auto de Infração, conforme pode ser constatado à folha 02 do PAF. Sendo o mesmo procedimento adotado para todos os meses objeto da autuação. Portanto, não existindo causa para nulidade.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Mais, ainda, os levantamentos que embasaram à infração apresentados através de mídia, conforme recibo firmado à folha 17 dos autos, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa, fato que possibilitou ao contribuinte reconhecer e recolher parte do valor autuado. Por outro lado, o autuante em sua informação fiscal esclareceu a origem da infração, inclusive concordou com subsistência parcial do auto de infração.

Também não é causa de nulidade de que a intimação da autuado foi encaminhada para casa de um dos sócios, o Sr. Carlos Henrique de Oliveira Passos, uma vez que o mesmo consta no cadastrado da SEFAZ na qualidade de Sócio Administrador, principalmente, estando o contribuinte com suas atividades encerradas, conforme Extrato do Sistema INC – Informações do Contribuintes, acostado às folhas 208 a 211 dos autos.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, é imputado ao sujeito passivo ter deixou de recolher ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, sendo o contribuinte signatário do Termo de Acordo, nos termos do RICMS/BA, art. 490, aprovado pelo Decreto 13.780/12, estendendo os valores do ICMS apurados relativos às mencionadas aquisições no exercício de 2015, constando o imposto devido na planilha em excel denominada “EFD_ItensEntrIcms_GRÁFICO_2015_i, gravada no CD constante do Anexo II, fls. 08 e 09, e cujas primeira e última folha constam no Anexo IV, fls. 14 e 15.

Ressalto que o próprio sujeito passivo aduz ter firmado Termo de Acordo para adoção de tratamento simplificado de tributação para empresas de construção civil, conforme previsto nos artigos 484 e 485 do RICMS/12, os quais estabelecem a obrigatoriedade de pagamento do ICMS pelas empresas de construção civil “nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo”, sendo afastada pela norma regulamentar essa exigência tão

somente nas situações descritas no art. 485, parágrafo único, incisos I e II, vigente à época dos fatos geradores conforme abaixo:

Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

§ 1º Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção e reparo de estradas de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferiores e superiores de estradas;

III - construção e reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água e de saneamento;

V - execução de terraplenagem e de pavimentação em geral e de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica, hidrelétrica e termoelétrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem e construção de estruturas em geral;

VIII - execução de fundações.

§ 2º Equiparam-se à empresa de construção civil, para fins de adoção do regime simplificado de tributação de que trata este capítulo, a incorporadora imobiliária, o consórcio de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico com fins imobiliários, consórcio de construção civil e construção de condomínio que desenvolvam, conjunta ou isoladamente, atividade de construção civil.

Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput:

I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada, nos termos do § 2º do art. 486, adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem;

II - no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular.

Observo que mediante celebração do citado Termo, o autuado, para usufruir do tratamento simplificado que previa a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais, se declarou contribuinte do ICMS e comprometeu-se a cumprir o estabelecido no regime simplificado, conforme previsto no RICMS/BA.

Os termos do regime simplificado que o autuado comprometeu-se a cumprir estavam dispostos no Capítulo XLIX do RICMS/BA e compreendiam os artigos 484 a 490, vigentes à época. Dentre esses dispositivos, o parágrafo único do art. 485, previa as hipóteses de exclusão da aplicação do regime.

Constatou que no presente Auto de Infração, a lide se instala quando da interpretação do alcance do mandamento insculpido no inciso I do citado parágrafo único. Tal regra vedava a aplicação do regime simplificado quando as mercadorias ou bens fossem adquiridos, de outra unidade da Federação, com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem.

Verifico que, nos termos da norma citada retro, o autuado se comprometeu a aplicar o percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente. O dispositivo regulamentar vedava a utilização de quaisquer créditos fiscais e as exceções à aplicação do regime simplificado estavam listadas no parágrafo único, acima transcrito.

Obsrvo, da leitura do dispositivo acima transcrito, que as aquisições com aplicação de alíquotas interestaduais não estão contempladas na regra de exclusão. Esse é um regime específico definido por lei complementar e, assim sendo, como não está excluído expressamente, depreende-se que nessas aquisições também deve incidir a aplicação do percentual de 3% conforme acordo celebrado entre as partes.

Não resta dúvida de que o referido benefício fiscal somente se aplica nas aquisições de mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do estado de origem.

Verifico, ao analisar os demonstrativos revisados pelos autuantes, acostados aos autos às folhas 198 a 207, que somente foram mantidos os valores relativos as aquisições em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interestadual. Portanto, dentro do estabelecido no inciso I do Parágrafo único do artigo 485, do RICMS/2012, valores que ficam mantidos na autuação, conforme indicado na informação fiscal.

Também foi apontado pela defesa a existência no levantamento fiscal de notas fiscais canceladas e notas fiscais relativas as mercadorias devolvidas, as quais foram corretamente excluídas da autuação pelos autuantes na revisão realizada no momento da informação fiscal, conforme demonstrativo às folhas 198 a 207 dos autos.

Não acolho a alegação defensiva de que foram incluídas no levantamento mercadorias com o ICMS recolhido antecipadamente, constantes das Notas Fiscais 97195 e 97419, uma vez que os as parcelas dos valores constantes do levantamento fiscal não foram objeto de Sustituição Tributária. No levantamento fiscal apenas constam os valores das mercadorias com tributação normal, as quais tem CFOP 6102, conforme pode ser visto nos DANFE anexados pela defesa às fls. 86 e 87, bem como na planilha constante do Anexo II e, portanto foram tributadas normalmente, ficando mantidas na autuação.

Cabe registrar que o contribuinte reconheceu e recolheu como devido o valor de R\$67.296,08, conforme abaixo, os quais também ficam mantidos:

MÊS/ANO	VALOR RECONHECIDO PELA DEFESA
jan-15	5.778,25
fev-15	9.849,09
mar-15	13.920,50
abr-15	23.110,83
mai-15	14.237,97
jun-15	0,00
jul-15	0,00
ago-15	399,44
TOTAL	67.296,08

Portanto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizado, no valor de R\$75.905,24, correspondente ao valor reconhecido pelo contribuinte de R\$67.296,08 mais o valor de R\$ 8.521,57 que foi mantido na revisão fiscal relativo ao valor impugnado pela defesa, conforme abaixo:

MÊS/ANO	VALOR RECONHECIDO PELA DEFESA	ALÍQUOTA INTERESTADUAL MANTIDO NA REVISÃO	ICMS-ST COMPROVADO MANTIDO NA REVISÃO	NÃO NA	ICMS HISTÓRICO DEVIDO
JAN/15	5.778,25	840,00	0,00	0,00	6.618,25
FEV/15	9.849,09	0,00	0,00	0,00	9.849,09
MAR/15	13.920,50	1851,77	87,59	87,59	15.859,86
ABR/15	23.110,83	2257,37	0,00	0,00	25.368,20
MAI/15	14.237,97	0	0,00	0,00	14.237,97
JUN/15	0	3250,33	0,00	0,00	3.250,33
JUL/15	0	53,92	0,00	0,00	53,92
AGO/15	399,44	268,18	0,00	0,00	667,62
TOTAL	67.296,08	8.521,57		87,59	75.905,24

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0804/15-7, lavrado contra **GRÁFICO EMPREENDIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.905,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR