

A. I. Nº - 207093.0022/15-9
AUTUADO - CONSTRUTORA ANDRADE MENDONÇA LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/10/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-03/16

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. Comprovada nos autos a existência no levantamento fiscal de operações se processaram com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do estado de origem e foi procedida a exclusão dessas operações reduzindo-se o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/12/2015, para exigir ICMS no valor de R\$47.116,56, acrescido de multa de 60%, em decorrência da imputação de falta de recolhimento do ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, Infração - **02.15.01**, nos meses de maio de 2012 a janeiro de 2014, março a maio, julho, agosto e outubro a dezembro de 2014, janeiro, agosto e setembro de 2015. Demonstrativos às fls. 12 a 24.

Em complemento consta que “Apuração do ICMS com alíquota de 3%, com base no termo de acordo assinado entre a empresa e a SEFAZ - Bahia.”

O autuado apresenta defesa, fls 41 a 59, observa a tempestividade da impugnação, reproduz o teor da acusação fiscal, depois de discorrer acerca de sua condição de prestadora de serviços de construção civil, do Regime Especial de Tributação previsto no art. 484 do RICMS-BA/12, e do Termo de Acordo celebrado com o Estado da Bahia, apresenta os argumentos que se segue.

Afirma que nas aquisições realizadas para obras localizadas no Estado da Bahia passou a usufruir do benefício de adquirir os bens a serem utilizados nas obras localizadas no Estado com alíquota interestadual, aplicável aos contribuintes do imposto, recolhendo a diferença de 3% na forma prevista na legislação.

Registra que a tributação do ICMS sobre as operações com as empresas de construção civil não é pacífica. Revela que, inclusive, o Estado da Bahia alterou o procedimento em 2015 para extinguir o benefício anteriormente concedido. Prossegue assinalando que os Estados não possuíam uma unanimidade sobre o tema. Cita que o Estado de São Paulo, por exemplo, sempre previu categoricamente que construtoras não são contribuintes do ICMS - art. 56-A, do RICMS/SP. Diz que o Estado de Minas Gerais, por sua vez, dispõe que, nas vendas para empresas de construção civil, o remetente deve aplicar a alíquota interna, “salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS - art. 42, §12º, do RICMS/MG. Continua relatando que para alguns Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, signatários do Convênio ICMS 137/2002, a venda para construtoras poderia ser efetuada utilizando a alíquota interestadual desde que estas apresentem atestados de condição de contribuinte do ICMS. Arremata ressaltando que a discussão já chegou inclusive ao judiciário, cujo entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a

matéria indica que as empresas de construção civil são, via de regra, contribuintes do ISS, e não do ICMS (naturalmente, dado o seu objeto social) e que o mero cadastro estadual não é elemento probatório suficiente para demonstrar o caráter de contribuinte do ICMS da construtora, sendo necessária a comprovação de que a referida empresa pratica com habitualidade operações sujeitas ao ICMS.

Frisa que, diante de tal cenário, em que pese a existência de Termo de Acordo firmado, adotava o seguinte procedimento: *i*) - informava a sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia; *ii*) - para os fornecedores de Estados que não reconheciam sua condição de contribuintes (como é o caso de SP), aceitava que as notas fiscais fossem emitidas considerando a alíquota interna do Estado de origem e *iii*) - para as obras localizadas fora do Estado da Bahia, cuja mercadoria sequer transitava por este Estado, procedia ao recolhimento em favor do Estado de destino da mercadoria.

Observa que o procedimento adotado acabou por gerar equívoco em sua apuração, que resultou na ausência de recolhimento do ICMS devido em relação a algumas notas fiscais, cujo imposto devido é infinitamente inferior àquele exigido no presente Auto de Infração.

Ao cuidar do mérito da autuação revela que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais referentes a venda para Consumidor Final - ICMS com alíquota interna do estado de São Paulo.

Pondera que consoante anteriormente esclarecido o Estado de São Paulo não reconhece as empresas de construção civil, dentro ou fora de seu território, como contribuinte do ICMS, na forma dos itens 1 e 2, do §1º, do art. 56-A, do RICMS-SP, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, cujo teor reproduz.

Relata que neste sentido, ao adquirir mercadorias do Estado de São Paulo, as notas fiscais eram emitidas com ICMS calculado com base na alíquota interna daquela localidade, como se verifica da simples análise dos documentos fiscais, listados à fl. 47, [Notas fiscais de nºs 12715, 14781, 15309, 15693, 16622 e 161483] e cópias acostadas às fls. 70 a 141 - Doc. 02 a 07.

Destaca que, possivelmente, o Autuante foi induzido a erro por verificar na nota fiscal alíquotas de 12% e 4%, percentuais coincidentes com algumas das alíquotas interestaduais. Continua aduzindo que se o Autuante tivesse analisado as notas fiscais verificaria que estas alíquotas foram utilizadas, tendo em vista que os produtos adquiridos têm alíquota interna reduzida, na forma do art. 54, inciso XIII, letra b, do RICMS/SP, que transcreve. Afirma que, inclusive, consta nas notas fiscais a informação acerca da aplicação de alíquota interna para a cobrança de ICMS no campo “Informações Complementares de Interesse do Contribuinte”.

Revela que a regra geral contida no art. 56-A do RICMS/SP deixa claro que a obrigação do pagamento do ICMS pela alíquota interna é para o Estado de São Paulo quando se tratam de remessas de mercadorias para empresas de construção civil localizada em outra unidade da federação, como aconteceu na presente situação.

Ressalta, que o próprio regulamento excluiu da base de cálculo as aquisições realizadas com alíquota interna, de acordo com inciso I, do art. 485, do RICMS-BA/12. Observa que da leitura do citado dispositivo legal, percebe-se que a aplicação da alíquota, interestadual ou interna, em operações interestaduais, conforme a presente situação autuada, está ligado a condição do destinatário ser, respectivamente, contribuinte ou não do ICMS.

Registra que o entendimento aqui esboçado encontra guarida no CONSEF, consoante decisão prolatada no Acórdão, JJF Nº 0213-04/15, cuja ementa transcreve.

Diz restar claro, que não é devido ICMS para o Estado da Bahia, e que o imposto teve seu recolhimento no Estado de São Paulo, conforme destacado nas Notas Fiscais anexadas, conforme previa a legislação atinente sobre o assunto.

Afirma também que no presente caso, o Autuante utilizou como base para sua autuação a Nota Fiscal nº 652, que foi cancelada, conforme comprova a cópia da Nota Fiscal obtida junto ao “Portal da Nota Fiscal Eletrônica”, fls. 152 a 146 - Doc. 08.

Observa que o emitente, Metalúrgica Vale do Inox Ltda. - EPP, emitiu a Nota Fiscal de nº 652, no dia 14/03/2013, que teve como objeto “1 Tanque em Aço Inox AISI304, C/ Volume de”, no valor de R\$13.000,00, tendo como destinatário seu estabelecimento. Explica que diante da constatação de equívoco, logo em seguida, o Emitente solicitou o cancelamento da referida Nota Fiscal, antes da saída da mercadoria do estabelecimento e, portanto, antes da ocorrência do fato gerador do ICMS. Continua esclarecendo que, em sequência, foi emitida nova Nota Fiscal nº 653, fl. 147 a 151 - Doc. 09, cujo objeto é a mesma mercadoria objeto da Nota Fiscal nº 652, com mesma data de emissão, 14 de março de 2013, para que fosse possível realizar a saída da mercadoria do seu estabelecimento comercial, bem como concluir a venda. Pondera que, tendo em vista que o pedido de cancelamento ocorreu antes da saída da mercadoria do estabelecimento, o fato gerador do tributo não ocorreu, assim não poderia ser cobrado qualquer valor a título de ICMS incidente na Nota Fiscal nº 652.

Revela que a partir da análise da Nota Fiscal de nº 653, verifica-se a correspondência com a Nota Fiscal nº 652, ora cancelada. Informa que ambas as notas fiscais dizem respeito ao mesmo produto, valor, bem como a mesma data de emissão, o que deixa claro, que a nota fiscal de nº 652 foi cancelada e seu objeto foi transferido para a Nota Fiscal nº 653, essa sim apta a incidência de ICMS, tendo em vista a ocorrência do fato gerador.

Menciona que, a Nota Fiscal de nº 652 (emitida com erro e com o posterior devido pedido de cancelamento efetuado pelo Emitente), só foi cancelada pelo órgão fazendário em 2016, conforme se comprova através da verificação da nota através do portal Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, posterior a presente autuação fiscal, o que levou a ocorrência do presente equívoco.

Assevera que não pode ser prejudicado em decorrência da demora do Fisco em efetuar o cancelamento da Nota, tendo em vista que a solicitação de cancelamento foi feita em 2013 e o cancelamento foi efetuado apenas em 2016. Prossegue explicando que, por esse motivo, as duas Notas Fiscais, nº 652 e 653 acabaram sendo objeto de autuação, conforme planilha apensada a fl. 51. Entretanto, consigna que, tendo a Nota Fiscal de nº 652 sido cancelada, não pode ser alvo de cobrança de ICMS.

Menciona que o CONSEF já se posicionou em situações semelhantes deixando claro que não se pode tributar ICMS sobre nota fiscal devidamente cancelada, conforme se verifica nas decisões prolatadas nos Acórdãos, CJF Nº 0272-12/14 e CJF Nº 030-12/14, cujas ementas transcreve.

Assevera restar evidente que a Nota Fiscal nº 653 foi emitida em substituição a Nota Fiscal nº 652, que fora cancelada.

Remata sustentando não haver que se falar na autuação sobre a Nota Fiscal nº 652 em razão de ter ocorrido o seu cancelamento e, por conseguinte, não ter ocorrido o fato gerador.

Revela que na presente autuação fiscal, o Autuante utilizou no seu levantamento fiscal, para consubstanciar a suposta falta de recolhimento de ICMS, notas fiscais cópias apensadas às fls. 152 a 169 - Docs. 10 a 12, que se referem exclusivamente a mercadorias com cobrança de ICMS por substituição tributária, conforme planilha acostada à fl. 52.

Observa que o regime da Substituição Tributária caracteriza-se pela imputação à determinado contribuinte, normalmente o fabricante ou importador (na presente situação foi o vendedor das mercadorias descritas), pela apuração do ICMS incidente nas operações subsequentes com a mercadoria, até sua saída destinada ao consumidor ou usuário final. Lembra que o contribuinte designado como substituto tributário recolhe o imposto devido pelas operações futuras até chegar ao consumidor final, dispensando assim o recolhimento nas operações subsequentes.

Registra que do simples cotejo das notas fiscais listadas percebe-se que as empresas vendedoras da mercadoria fizeram a devida retenção e pagamento de ICMS por serem substitutos tributários, não sendo, portanto, devido o imposto ora exigido.

Cita como exemplo, a Nota Fiscal nº 7242, oriunda do estado de São Paulo, onde fica claro que foi retido o valor de R\$1.712,80 a título de ICMS ST.

Aponta também que de acordo com a legislação acima transcrita e a análise da Nota Fiscal de nº 7241, cujo o emitente está localizado no estado de São Paulo, verifica-se que o ICMS foi devidamente retido e recolhido pelo substituto tributário, não havendo no que se falar em valores de ICMS devido.

Menciona que, em relação às Notas Fiscais de nºs 32 e 33, cujo emitente está localizado no estado de Sergipe, percebe-se que a antecipação tributária ocorreu antes da fase de venda do objeto da nota fiscal, não sendo devido valor algum de ICMS ao estado da Bahia, pois o imposto foi retido e recolhido no início da cadeia sucessória da mercadoria. Diz ser facilmente constatado pela própria análise da nota fiscal, que tem no campo das “Informações Adicionais de Interesse do Fisco” a informação da retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária antecipada. Destaca que nestas hipóteses, todo o imposto devido na operação fora recolhido, nada mais sendo devido a qualquer título pelo adquirente da mercadoria. Assevera que não pode o Estado exigir cumulativamente o ICMS diferença de alíquota quando já comprovadamente recebeu, por via de Convênio ou Protocolo por ele firmado, o imposto incidente na operação.

Observa que o CONSEF reiteradamente já reconheceu o procedimento adotado como correto, a exemplo dos Acórdãos, JFJ Nº 0277-02/13 e CJF Nº 0161-12/15, cujas ementas reproduz.

Frisa restar comprovado não ser devido qualquer valor de ICMS incidente sobre as Notas Fiscais de nºs 7241, 32 e 33, por se tratar de casos atinentes a retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária por antecipação.

Ressalta que, no exercício de suas atividades como construtora, realiza obras em diversos municípios do Brasil, inclusive fora do Estado da Bahia.

Informa que no período objeto da autuação fiscal ora combatida, foi contratada para realizar parte da obra de ampliação do aeroporto de Viracopos, no Município de Campinas. Prossegue afirmando que nestas hipóteses, os bens, ainda que adquiridos com o CNPJ da construtora, tinham como destino o Município de Campinas, conforme se verifica das notas fiscais listadas na planilha, fls. 56 a 58, e cópias às fls. 170 a 440 - Docs. 13 a 64. Assevera que, em não havendo qualquer entrada no Estado da Bahia que ensejasse no recolhimento do imposto, não há motivação para tal cobrança. Arremata frisando que, acerca da diferença de alíquotas, a regra constitucional em seu art. 155, §2º, inciso VII, fixa a competência ativa para instituição e cobrança do ICMS com base na destinação final da mercadoria.

Afirma que a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7.014/96 também deixam claro que o imposto será devido em local onde ocorrer o fato gerador, ou seja, onde a mercadoria for destinada, quando ela não tenha transitado na unidade federativa do estabelecimento do adquirente. Por isso, assevera que o ICMS só será devido ao estabelecimento onde houver a circulação efetiva da mercadoria, circulação essa, que no presente caso não se concretiza neste Estado. Esclarece que apenas atuou como intermediadora das mercadorias adquiridas e destinadas às obras realizadas no Estado de São Paulo, sendo este, o legítimo destinatário final.

Arremata assinalando restar evidente que as argumentações da Fazenda Estadual não merecem prosperar, uma vez comprovada documentalmente que as mercadorias adquiridas foram destinadas à Estado distinto da Bahia, devendo a presente demanda ser reconhecida, declarando a legalidade da operação de recolhimento do ICMS a favor do Estado de destino final dos equipamentos, qual seja, o Estado de São Paulo.

Protesta pela a produção de provas pelos meios permitidos, inclusive por diligência realizada por órgão especializado e, especialmente a juntada posterior de documentos.

Conclui requerendo, com base nas razões expendidas, a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, ao prestar informação fiscal, fls. 444 a 446, reprisa o teor da autuação e articula os argumentos resumidos a seguir.

Observa que não lhe cabe ampliar a discussão do mérito da ação fiscal alcançando o Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, mas, tão-somente, a obediência ao Dec. Estadual nº 13.780/12.

Afirma que no Estado da Bahia, onde o autuado está estabelecido, encontra-se sob a égide do RICMS-BA/12. Esclarece que aqui, o autuado requereu sua inscrição estadual junto à SEFAZ e assinou o Termo de Acordo para adoção do Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil. Assevera não caber agora, em sede de discussão de transgressão à Legislação Tributária estadual, evocar o instrumento legal de outra unidade da Federação para eximir-se do cumprimento da obrigação principal.

Quanto a alegação de que é indevida a cobrança de ICMS sobre valores de nota fiscal cancelada, pondera que, longe de duvidar do desfazimento da operação amparada pela Nota Fiscal nº 652, a qual declara o autuado ter sido substituída pela Nota Fiscal nº 653, não como acatar os argumentos defensivos. Assinala que como se comprova à fl. 50, a Nota Fiscal nº 652 foi emitida em 14/03/2013 e cancelada em 08/03/2016, ou seja, três anos após sua emissão e quase três meses após a lavratura do Auto de Infração que fora em 28/12/2015. Frisa que, na pior das hipóteses, o procedimento é totalmente em desacordo com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, inclusive, diz presumir que a emitente Metalúrgica Vale do Inox Ltda., deve ter apurado e recolhido os impostos sobre a operação, há três anos atrás.

No que diz respeito às notas fiscais com recolhimento do ICMS por substituição tributária, destaca que os fornecedores não são inscritos no CAD-ICMS-BA para recolher o “ICMS Substituição Tributária”, bem como o autuado não fez prova do recolhimento através de GNRE ou mesmo DAE, com recolhimento no primeiro Posto Fiscal de Divisa. Informa que também não identificou as mercadorias discriminadas nas notas fiscais em Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado da Bahia e a unidade da Federação.

Afirma que, em relação a questão levantada pelo impugnante ao declarar que o Estado de São Paulo o reconhece como consumidor final, isto porque se assim for classificada não há razão para lhe ser cobrado o ICMS ST. Prossegue assinalando que não houve recolhimento do ICMS substituição tributária ao Estado da Bahia nas operações elencadas pela defesa e na documentação apensada aos autos. Destaca ainda que as operações com a SK vidros do Nordeste Ltda., não há destaque nem do ICMS normal nem do ICMS substituição tributária.

No que concerne à alegação de que é indevida a exigência fiscal em relação às notas fiscais, cujos destinatários são localizados fora do Estado da Bahia, assevera não ter conseguido entender a alegação da defesa, pois basta se verificar nos documentos fiscais anexados às fls. 170 a 440, e comprovar que todas as notas fiscais acusam como destinatário o Autuado e o seu estabelecimento no Estado da Bahia. Remata destacando que as provas apresentadas são, exatamente, contrárias às razões da defesa, comprovando o acerto da exigência fiscal.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$47.116,56, devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, conforme demonstrativo acostado às fls. 11 a 24.

Inicialmente, indefiro o pedido, para realização de diligência, pugnado pelo defendente com base no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, tendo em vista que considero suficientes os elementos contidos nos autos, sendo desnecessária em vista de outras provas já produzidas para a formação da minha convicção e dos julgadores.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa impugnando parte do débito que foi lançado, atinente às seguintes operações arroladas no levantamento fiscal: *i*) - com notas fiscais referentes a vendas a consumidor final com alíquota interna oriundas do Estado de São Paulo [Notas

Fiscais de nºs 12715, 14781, 15309, 15693, 16622 e 161483]; *ii*) - com a Nota Fiscal nº 652, cancelada; *iii*) – com as Notas Fiscais que tiveram o recolhimento de ICMS por substituição tributária [Notas fiscais de nºs 7241, 32 e 33]; *iv*) - com destinatários localizados fora do Estado da Bahia - notas fiscais listadas às fls. 56 a 58.

No que diz respeito às operações, cujas Notas Fiscais de nºs 12715, 14781, 15309, 15693, 16622 e 161483 foram apontadas pela defesa como tendo sido adotadas as alíquotas praticadas pelo Estado de São Paulo em operações internas, e que por isso, foi aduzido pelo impugnante como sendo alcançadas na exceção preconizada no inciso I do Parágrafo único do art. 485 do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Artigo 485

[...]

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;

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

Ao compulsar a planilha elaborada pelo autuante que consta a discriminação das mercadorias objeto da autuação, constato que, efetivamente, foram aplicadas as alíquotas internas adotadas pelo Estado de São Paulo, remetente das mercadorias, de acordo com os art. 56 e 54, inciso XIII, do RICMS-SP/2000, como se verifica no campo “Informações Complementares” dos aludidos Danfes.

Nestes termos, entendo restar caracterizada a exceção prevista no inciso I do Parágrafo Único do art. 485 do RICMS-BA/12, devendo, portanto, serem excluídos do levantamento fiscal os valores atribuídos às citadas notas fiscais:

Nota Fiscal nº 12715, fls. 13 a 16, set/2013 - R\$7.206,61[R\$240.22,32 x 0,03];

Nota Fiscal nº 14781, fls. 18 a 19, out/2013 - R\$3.132,28[R\$104.409,38 x 0,03];

Nota Fiscal nº 15309, fl. 19, out/2013 - R\$2.168,92[R\$72.297,23 x 0,03];

Nota Fiscal nº 15693, fl. 20, nov/2013 - R\$366,03[R\$12.201,00 x 0,03];

Nota Fiscal nº 16622, fl. 20, nov/2013 - R\$96,52[R\$3.217,39 x 0,03] e;

Nota Fiscal nº 161483, fls. 21, dez/2013 - R\$1.508,94[R\$50.297,89 x 0,03].

Assim, o montante supra, que totalizado alcança o valor de R\$14.479,30, deve ser excluído do levantamento fiscal.

Em relação à alegação defensiva de que deve ser excluída do levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 652, por ter sido cancelada, cuja data de autorização ocorrera no sistema em 14/03/2013, depois de examinar os elementos carreados aos autos pelo impugnante, verifico que não deve prosperar a pretensão do autuado. Não carrou aos autos uma comprovação inequívoca da motivação do cancelamento haja vista que fez alusão, tão-somente, de que se trata da mesma operação da nota Fiscal nº 653, portanto, insuficiente para justificar o cancelamento pretendido, eis que nada impede de no mesmo dia ser realizada mais de uma operação com o mesmo objeto. Por outro lado, resta patente nos autos que a operação atinente à Nota Fiscal nº 652 somente fora cancelada em 08/03/2016, ou seja, quase três anos após a emissão, depois da lavratura do presente Auto de Infração e sem qualquer justificativa plausível.

Logo, deve ser mantida na autuação a Nota Fiscal nº 652 no levantamento fiscal, uma vez que, encontrava-se válida por ocasião da apuração fiscal e o seu cancelamento extemporâneo não tem o condão de desfazer toda e repercussão pretérita já consolidada na escrituração fiscal, tanto do autuado, como de seu emitente.

Em relação às Notas Fiscais de nºs 7241, 32 e 33, apontadas pelo defendente em suas razões de defesa como indevidamente arroladas no levantamento fiscal pelo fato de ter havido cobrança do ICMS por substituição tributária com a devida retenção e conseqüente pagamento pelo que entende estaria dispensado do recolhimento.

Não acolho a pretensão da defesa, haja vista que a simples indicação destacada no documento fiscal não comprova que fora, efetivamente, realizada a retenção e o consequente pagamento. O impugnante não carrou aos autos qualquer comprovação de que o efetivo recolhimento ocorrera, ou seja, a cópia dos correspondentes DAE ou GNRE.

Em sede informação fiscal o autuante asseverou que os remetente não possuem inscrição no CAD-ICMS-BA como substituto tributário.

Ademais, convém ressaltar a inexistência de qualquer previsão que excepcione a responsabilidade do impugnante, tanto dos dispositivos regulamentares de regência, quanto no Termo de Acordo do Regime Simplificado celebrado com o Estado da Bahia.

Embora em nada afete à matéria, ora em lide, a única alusão que se refere à substituição tributária afigura-se veiculada no dispositivo regulamentar, vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, inciso IV, do art. 487 do RICMS-BA/12, *in verbis*: “V - dispensa o remetente da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária.”

Logo, ante a não comprovação da retenção e do consequente recolhimento pelo destinatário não acolho as razões defensivas em relação às Notas Fiscais de nºs 7241, 32 e 33, que devem ser mantidas no levantamento fiscal.

Quanto à relação de notas fiscais acostadas aos autos pelo defendente, fls. 56 a 58 alegando a não incidência do ICMS para o Estado da Bahia, sob o fundamento de que o destinatário das referidas notas fiscais estão localizados fora do Estado da Bahia, também não acolho a pretensão do autuado, uma vez que as aquisições foram realizadas pela empresa autuada como destinatária, figurando expressamente todos os seus dados cadastrados no CAD-ICMS-BA, nas notas fiscais como se constata às fls. 170 a 440, resta, portanto, configurada a operação interestadual de aquisição de mercadorias para uso ou consumo e de bens para o ativo imobilizado, alcançada pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil.

Do mesmo modo, ante a inexistência de qualquer exceção normativa expressa quanto ao local de utilização das mercadorias e bens adquiridos em outras unidades da Federação, pelas empresas de construção civil e signatárias do Termo de Acordo, devem ser mantidas no rol das mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial da autuação mantendo-se a exigência apurada originalmente nos períodos inalterados, expurgando-se, tão-somente, as operações relativas às Notas Fiscais de nºs 12715, 14781, 15309, 15693, 16622 e 161483 que resulta na redução do valor de débito do Auto de Infração de R\$47.116,56, para R\$32.637,26, em decorrência na diminuição do valor de R\$14.479,30, em setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, cujos débitos remanescentes nesses meses são os constantes da coluna “Julgamento”, na forma discriminada a seguir.

Exclusão das NFs de nºs 12715, 14781, 15309, 15693, 16622 e 161483					
Data de Ocorr.	A. I.	Exclusões das NFs		Tot Exclusão	Julgamento
30/09/13	10.055,55	7.206,61 (NF 12715)		7.206,61	2.848,94
31/10/13	6.777,83	3.132,28 (NF 14781)	2.168,92 (NF 15309)	5.301,20	1.476,63
30/11/13	2.678,63	366,03 (NF 15693)	96,52 (NF 16622)	462,55	2.216,08
31/12/13	3.340,55	1.508,94 (NF 161483)		1.508,94	1.831,61
		Total das exclusões		14.479,30	

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL o Auto de Infração no valor de R\$32.637,26.

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 **207093.0022/15-9**, lavrado contra **CONSTRUTORA ANDRADE MENDONÇA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.637,26**, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA