

A.I. Nº - 2693560008/14-6
AUTUADO - CONSÓRCIO ALUSA – GALVÃO - TOMÉ
AUTUANTE - UBIRATAN LOPES DA COSTA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.07.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO CONSUMO E AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou para uso ou consumo. O autuado é legalmente considerado contribuinte do ICMS. Infração caracterizada. 2. MULTA POR FALTA DE REGISTRO FISCAL DE MERCADORIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Redução da multa pela falta de registro na entrada de mercadoria tributada em razão de mudança do percentual previsto em lei. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/12/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$755.039,08, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (06.01.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento no ano de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 196.883,55, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42.

Infração 02 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no ano de 2009, sendo exigida multa no valor de R\$137.231,71, conforme inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (16.12.20) – falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, no ano de 2009, sendo exigido multa no valor de R\$ 1.380,00, conforme alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (06.01.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento no ano de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 419.543,82, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42.

O autuado apresentou defesa às fls. 29 a 57 dos autos por meio de representante legalmente constituído. Informou que é consórcio de empresas, as quais atuam no ramo de construção civil e que apresentou a defesa tempestivamente. Alega que o autuante ignorou, em sua autuação, posicionamento dos órgãos de cúpula de julgamento do país, o Supremo Tribunal Federal.

O autuado alega a decadência do direito do Estado de lançar o crédito tributário exigido no presente auto de infração pois a cobrança refere-se ao exercício de 2009 e a ciência ocorreu apenas em 2015. Cita jurisprudência do STJ e lições de juristas que confirmam a decadência em casos semelhantes, expedidas com base no disposto no inciso I do art. 173 do CTN. Por isso, entende que o auto de infração deve ser cancelado.

Alega também ilegitimidade passiva no auto de infração ora guerreado. Diz que, de acordo com os §§ 1º e 2º do artigo 278 da Lei nº 6.404/1976, a qual dispõe sobre as Sociedades por Ações, o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Diante da ausência de personalidade jurídica, o consórcio não recolhe tributos, tal como o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Quem o faz são as consorciadas, na razão de suas atividades e arrecadações, quando atuam pelo consórcio. Em outros termos, por não ter personalidade jurídica, o consórcio não pode ser contribuinte de impostos.

Alerta que está consignado no instrumento de constituição do consórcio:

“3.2 - As CONSORCIADAS responderão individualmente e solidariamente por suas obrigações de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto de licitação, até a conclusão e entrega definitiva do EMPREENDIMENTO”.

“3.4- As CONSORCIADAS, individualmente, serão responsáveis por fazer o recolhimento de tributos devidos por elas, CONSORCIADAS, em decorrência das atividades do consórcio.”

Isto, pois, na capitulação do sujeito passivo, o autuante determinou que o autuado seria o consórcio de empresas – CONSÓRCIO ALUSA – GALVÃO - TOMÉ, violando, de uma só vez, a legitimidade processual, bem como o disposto no artigo 18 do Decreto 7.629/99, devendo o processo administrativo ser extinto, diante de tal nulidade.

Em relação às infrações 01 e 04, o autuado lembra que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já firmaram o entendimento que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, mesmo que sejam obrigadas a obter inscrição estadual, e mesmo que sejam contribuintes deste imposto em hipóteses pontuais. Explica que a empresa de construção civil é mera destinatária final das mercadorias que adquire de outros Estados para empregar diretamente em obra que está realizando, não se enquadrando, por conseguinte, no conceito de contribuinte do ICMS. Por tal razão, dela não pode ser exigido o diferencial de alíquotas. Acrescenta decisões do STF que confirmam esta posição.

Assim, entende o autuado que não é possível a exigência do diferencial de alíquota nas aquisições oriundas de outras unidades da federação destinadas ao uso e consumo, bem como ao ativo fixo do próprio estabelecimento, restando, portanto, totalmente fora do entendimento alinhado pelas cortes superiores.

Em relação à multa aplicada, o autuado entende que o percentual de 60% sobre o valor total das operações tem o nítido caráter confiscatório. Faz referência ao inciso IV do art. 150 da Constituição Federal que disciplinou a vedação da utilização de tributo com efeito de confisco. Cita manifestação do STF que estende esse entendimento em relação à multa.

O autuado entende que como a multa é penalidade pecuniária objetivando a compensação de possível dano causado pelo contribuinte ao Estado com a prática da infração, caso ela seja fixada em valor excessivo, suficiente para inviabilizar a vida financeira da empresa punida, tal penalidade toma caráter de ato confiscatório e se desvia da sua finalidade. Devendo, portanto, ser extinta.

O autuado conclui requerendo que:

- a) Seja cancelado, em sua totalidade, o Auto de Infração diante das preliminares de mérito arguidas, quais sejam, a ilegitimidade de parte da Impugnante, bem como a decadência.

b) Subsidiariamente, caso não sejam atendidas as preliminares arguidas, seja cancelado o Auto de Infração diante do posicionamento pacificado do Egrégio Supremo Tribunal Federal apontado.

c) Subsidiariamente, o cancelamento e extinção da multa, diante da ilegalidade consubstanciada em seu arbitramento, bem como a violação do princípio do não confisco;

Requer, ainda, que todas as publicações e intimações sejam feitas exclusivamente em nome de seu patrono, o advogado OCTÁVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA, inscrito na OAB/SP sob o nº 196.524, com escritório à Rua Avelino Silveira Franco, n.º 149 – Cj. 438, Sousas, CEP 13.105-822 na cidade de Campinas, Estado de São Paulo.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 102 a 108 concordando com a tempestividade da apresentação da defesa. Em relação à decadência arguida pela defesa, o autuante esclarece que a data de conhecimento da notificação pelo contribuinte foi de 24/12/2014, conforme comprovação do AVISO DE RECEBIMENTO – AR – expedido pelos Correios às fls. 26 e 27.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva do autuado, o autuante alerta que no contrato de constituição do consórcio, das fls. 64 a 76, consta no item 1.2 que o consórcio se obriga a não somente prestar serviços de construção civil como supostamente alega o impugnante, mas também, de fornecimento de materiais, equipamentos e serviços relativos, à análise de consistência do projeto básico, projeto executivo, venda de mercadoria, construção civil, montagem eletromecânica, apoio à pré-operação, e à operação assistida, assistência técnica e treinamentos.

Diz ainda que para fornecer estes materiais e equipamentos o consórcio necessitou fazer a inscrição no nosso cadastro de contribuinte do ICMS, em 28/01/2008, recebendo o número de inscrição 76.299.920. Solicitando e recebendo, inclusive notas fiscais, para dar circulação às mercadorias comercializadas.

Esclarece, também, que o item 3.3 do referido contrato atribuiu às consorciadas responsabilidade individual e solidária pelas obrigações assumidas no contrato firmado com a PETROBRAS, na forma e nos limites ali previstos, bem como que deveriam cumprir as exigências de ordem fiscal, administrativa, trabalhista, previdenciária, ambiental e todas as demais pertencentes ao objeto do contrato firmado com a PETROBRAS até conclusão e entrega definitiva do EMPREENDIMENTO.

Em relação às receitas do consórcio, conforme item 5.1 do multicitado contrato, o recebimento das receitas decorrentes do contrato firmado com a PETROBRAS será feito em nome do consórcio. E no item 5.1.1 determina que o CONSÓRCIO encaminhará para a PETROBRAS as notas fiscais/faturas emitidas relativas à realização dos serviços. A PETROBRAS, nos termos do contrato firmado ficará responsável por efetuar a retenção e o recolhimento das contribuições, impostos e/ou tributos federais em nome das CONSORCIADAS e as contribuições previdenciárias em nome do CONSÓRCIO.

Já no item 16.3 conta que as CONSORCIADAS comprometem-se a responder, em função de sua participação no CONSÓRCIO, pelas exigências de ordem fiscal, trabalhista, civil, previdenciária, administrativa, técnica ou qualquer outra, pertinentes ao objeto do CONSÓRCIO, mesmo que venham a ocorrer após a conclusão final dos trabalhos ou serviços contratados, e até a extinção das obrigações de qualquer natureza imputáveis ao CONSÓRCIO.

O autuante explica que no contrato firmado entre a Petrobrás e o consórcio, consta no item 2.3.8 (fl. 109), que o consórcio obriga-se a assumir todas e quaisquer obrigações trabalhistas, previdenciárias, tributárias e relativas ao recolhimento de FGTS oriundas da execução do objeto contratuais, comprometendo-se a arcar com todos os custos e despesas relativos aos processos administrativos, judiciais e arbitrais, em qualquer instância ou tribunal que venham eventualmente, a ser ajuizadas em face da PETROBRAS subsidiária ou solidariamente o CONSÓRCIO, obrigando-se a assumir em juízo ou fora dele toda a responsabilidade relacionada a estas eventuais lides que surgirem, inclusive solicitando a exclusão da lide da PETROBRAS, caso

seja conveniência desta, comprometendo-se a resguardar os interesses da PETROBRAS, prestando, inclusive, as garantias necessárias à desoneração da PETROBRAS e arcando, ainda, com às custas e despesas oriundas destes processos.

Informa, ainda, que no item 5.2 (fl. 110) consta que nos preços contratuais estão compreendidos todos os custos, insumos, supervisão, administração, tributos, emolumentos fiscais, despesas, exceto as reembolsáveis, quando previstas, bem como as demais obrigações legais que incidam direta ou indiretamente na execução do objeto contratual, inclusive lucro, necessários a sua perfeita execução, até o término do contrato, não cabendo, pois, quaisquer reivindicações a título de revisão de preços, compensação ou reembolso, ressalvado o disposto na Cláusula Décima Quarta – Incidências Fiscais do presente contrato.

Já no item 14. (fl. 113) consta que os tributos (impostos, taxas, emolumentos, contribuições fiscais e parafiscais) que sejam devidos em decorrência direta ou indireta, deste contrato ou sua execução, serão exclusivas responsabilidade do contribuinte assim definido na norma tributária, sem direito a reembolso.

No item 8.1.5 (fl. 111) consta que para cobrança referente aos itens de serviços deverá ser emitida Nota Fiscal de Serviços.” . E no item 8.1.6 consta que para cobrança referente aos itens de fornecimento de (materiais e Equipamentos) deverá ser emitida Nota Fiscal de Venda, com destaque de ICMS, tendo como destinatário à PETROBRAS. Completando no item 8.1.6.2 que no caso de emissão de Nota Fiscal de Venda de outro estado da federação que não aquele indicado na proposta do CONSÓRCIO, e que venha gerar custo adicional para a PETROBRAS, especialmente quanto ao Diferencial de Alíquota de ICMS (DIFAL), a PETROBRAS procederá à cobrança desta diferença no valor do custo adicional incorrido. O autuante conclui que já constava na origem do contrato o reconhecimento de que as operações contratadas implicariam em fatos geradores de ICMS e também do DIFAL.

O autuante lembra que o consórcio exerceu todas as operações em seu nome no momento de suas compras de material e equipamentos e também nas emissões de notas fiscais com as respectivas vendas que serviram para constituir suas receitas, evidenciando sua característica de contribuinte de ICMS e ISS.

O autuante destaca que o CONSÓRCIO foi formado para cumprir os seguintes objetivos contratuais:

- Serviços de elaboração do projeto executivo;
- fornecimento de materiais;
- fornecimento parcial de equipamentos;
- construção civil;
- montagem eletromecânica, preservação, condicionamento, testes;
- pré-operação, partida, operação assistida;
- assistência técnica e treinamentos;

Em resumo, o papel do consórcio era o de entregar pronta a unidade contratada exercendo todas as funções necessárias para efetivar a montagem da fábrica. O autuante conclui que o cumprimento do contrato resultou na existência de fatos geradores de ISS e ICMS.

Com relação a alegação de confisco em decorrência da multa aplicada, o autuante apenas mencionou que cumpriu os ditames da lei do ICMS em vigor que utiliza estes percentuais de multa para aquelas infrações praticadas. O autuante requer a manutenção do Auto de Infração em todos os seus termos.

O autuado apresentou manifestação das fls. 134 a 150 reiterando os argumentos trazidos na peça de defesa inicial acerca da decadência do direito do Estado exigir o crédito fiscal de que trata o presente auto de infração. Afirma que somente em 2015 teve ciência do auto de infração, estando

patente que os débitos referentes a fatos geradores ocorridos em 2009 estavam alcançados pela decadência do direito de serem lançados. Insiste que a jurisprudência é uníssona no sentido de que somente a notificação efetiva do contribuinte da constituição do crédito tributário é o prazo para se observar a ocorrência da decadência, a qual, frise-se, somente ocorreu em 2015.

O autuado reitera que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já firmaram o entendimento que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, mesmo que sejam obrigadas a obter inscrição estadual, e mesmo que sejam contribuintes deste imposto em hipóteses pontuais (quando simplesmente revendem a mercadoria adquirida ou quando fabricam o insumo a ser empregado na obra de construção civil).

Entende o autuado que o fato do contrato celebrado entre Petrobras e as empresas autuadas possuir cláusula que responsabiliza as empresas autuadas de recolherem eventual DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA cobrado pelo Estado da Bahia, não faz surgir a obrigação tributária, isto porque, a Corte Suprema já pacificou seu entendimento da impossibilidade da cobrança do diferencial de alíquota nas obras de construção civil. Conclui que resta evidente a ilegitimidade da cobrança do diferencial de alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), diante da decisão do órgão máximo do Poder Judiciário.

O autuante apresentou nova informação fiscal das fls. 152 a 154, destacando que o autuado na última manifestação somente manteve a discussão acerca da decadência e da questão do DIFAL não alcançar as operações praticadas pela empresa, devido a mesma ser empresa de construção civil, e todas as operações realizadas com a PETROBRAS tratar-se de prestação de serviços de construção civil e assim sendo não suscetível a este fato gerador de ICMS.

Em razão disso, o autuante entende que o autuado acatou a sua legitimidade passiva e que não considera mais a multa confiscatória. Quanto à decadência, o autuado reitera que a data do conhecimento da notificação pelo contribuinte foi de 24/12/2014, conforme comprovação do AVISO DE RECEBIMENTO - AR - expedido pelos Correios. Comprovantes presente às páginas 26 e 27 do presente processo. Quanto à cobrança do DIFAL, o autuante reafirma todos os argumentos da informação fiscal inicial. Requer que o auto seja totalmente procedente.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 159 a 163 reclamando que, sem qualquer previsão legal, o autuante apresentou tréplica à sua manifestação, não trazendo nenhum argumento novo que fosse capaz de desfazer por completo os argumentos por ele trazidos. Diz que manifestação à réplica, sem que haja juntada de qualquer documento novo, não tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Reclama que “*o fisco baiano tenta claramente deturpar o foco do processo administrativo em questão, criando tréplica e réplica da tréplica, o que paira ao absurdo jurídico*”. Reitera os pedidos feitos na exordial no sentido de que seja cancelado, em sua totalidade, o presente Auto de Infração.

O autuante apresentou nova informação fiscal das fls. 165 a 167, concordando com o autuado acerca das manifestações indevidas no processo, porém destaca que as manifestações em excesso ocorreram de ambos os lados. Entende que, como um dos princípios que rege o procedimento administrativo fiscal é o da informalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Da análise dos autos verifico que a intimação do autuado ocorreu via correios no dia 24/12/2014, conforme aviso de recebimento à fl. 27. O autuado insiste na informação que teve ciência apenas

no dia 05/01/2015 e apresenta cópia da intimação recebida com assinatura de recebimento de um preposto da própria empresa. Este documento apresentado pelo autuado não serve como prova pois foi assinado pelo próprio autuado. Apesar de reiterado pelo autuante que o recebimento da intimação se deu pelos correios e ter indicado a página do processo em que consta o respectivo comprovante, o autuado não se pronunciou a respeito deste documento.

O art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem. Assim, está caracterizado o recebimento da intimação antes de findado o prazo decadencial e rejeitado o pedido de nulidade do presente auto de infração requerido pelo autuado em razão de suposta decadência do Estado em exigir o crédito tributário em lide.

Da análise do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, art. 75, inciso IX, observa-se que é admitida que as sociedades sem personalidade jurídica sejam representadas em juízos pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. Uma vez constituído e registrado na Junta Comercial, o consórcio torna-se de direito e regular. Existindo juridicamente de forma regular, o consórcio pode interagir em processos judiciais e administrativos, pois encontra-se acolhido pelo dispositivo referido do CPC, como também já estava no antigo CPC, no art. 12, inciso VII.

De acordo com Modesto Carvalhosa, em seu livro Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, t. II, cit., p. 405, o consórcio tem legitimidade ativa e passiva, podendo ação e ser ação. O pressuposto é que o consórcio representa em juízo as empresas que o constituem, naquilo que é objeto do respectivo contrato associativo.

Da análise do contrato de constituição do consórcio, fls. 77 a 88, observei que constam como consorciadas as empresas Alusa Engenharia LTDA, Galvão Engenharia S.A. e Tomé Engenharia e Transportes LTDA, sendo a Alusa Engenharia LTDA considerada como empresa líder, conforme item 6.1 do referido contrato. Como empresa líder, à Alusa Engenharia Ltda coube a representação legal do consórcio.

Desta forma, não acato o pedido de nulidade do presente auto de infração sob a alegação de ilegitimidade passiva do consórcio. O consórcio existe juridicamente de forma regular e pode interagir em processos administrativos através do seu representante legal, a empresa líder do Consórcio Alusa-Galvão-Tomé, a Alusa Engenharia Ltda.

Afastamos toda discussão acerca da constitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Nas infrações 01 e 04 é reclamado a diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de ativo imobilizado e de material de uso e consumo destinados ao autuado, respectivamente. O autuado, um consórcio constituído para montagem de uma fábrica para a Petrobrás, formado por empresas que atuam no ramo da construção civil, solicitou e obteve inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS na condição de contribuinte normal, apurando o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

O RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, determinava em seu art. 543:

Art. 543. A empresa de construção civil inscrever-se-á no Cadastro de Contribuintes do ICMS, antes de iniciar suas atividades:

"I - 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;"

De acordo com a consolidação do contrato de constituição do Consórcio Alusa-Galvão-Tomé, das fls. 65 a 76, consta como objeto do consórcio:

“o fornecimento de materiais, equipamentos e serviços relativos à análise de consistência do projeto básico, projeto executivo, venda de mercadorias, construção civil, montagem eletromecânica, comissionamento, apoio à pré-operação e à operação assistida, assistência técnica e treinamentos, para construção na área “on-site” das unidades de hidrodessulfuração de nafta craqueada (HDS U-33 e U-35) e geração de hidrogênio (UGH U-34) e respectivas interligações dessas unidades com as subestações e casas de controle (CCLs), na implementação de empreendimentos para RLAM, no âmbito da Refinaria Landulfo Alves de Mataripe-RLAM, no município de São Francisco do Conde, Estado da Bahia, em conformidade com as disposições do contrato, oriundo do convite nº 0301926.07.8 (o EMPREENDIMENTO).”

O art. 5º da Lei nº 7.014/96 define como contribuinte do ICMS “qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Diante do disposto como objeto do referido consórcio, concluo que o autuado buscou de forma acertada a sua inscrição no cadastro de contribuinte do ICMS do Estado da Bahia na condição de normal, conforme exigido no inciso I do art. 543 do RICMS/97, já que foi constituído com a finalidade de realizar com habitualidade operações sujeitas ao ICMS, como, por exemplo, venda de mercadoria.

Com esta finalidade, o autuado legalmente é considerado contribuinte do ICMS e, de acordo com o § 1º do art. 541 do RICMS/97, estava sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para seu ativo imobilizado ou de bens de uso ou materiais de consumo do seu estabelecimento, conforme a seguir:

“Art. 541....

§ 1º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á o seguinte: (efeitos de 01/07/98a 18/11/11)

I - a empresa de construção civil, quando legalmente consideradas contribuintes do ICMS (art. 36 e art. 543) somente estará sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o seu ativo imobilizado ou de bens de uso ou materiais de consumo do seu estabelecimento (art. 7º); (efeitos de 01/07/98a 18/11/11)

Para caracterizar ainda mais as atividades do autuado como de contribuinte do ICMS, consta à fl. 114 sinopse de regime especial concedido pela SEFAZ por meio do Parecer nº 25.720/2008 visando permitir que o autuado transferisse créditos fiscais acumulados em decorrência da realização habitual de operações de circulação de mercadorias com diferimento do imposto, cuja hipótese constava o inciso IV do art. 2º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme a seguir:

“Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

IV - às operações de importação e às aquisições internas, desde que produzidos neste Estado, de partes, peças, máquinas e equipamentos, destinados a integrarem projetos industriais, efetuadas por empresas contratadas por contribuintes habilitados ao Programa Desenvolve, bem como às subsequentes saídas internas por elas realizadas, inclusive em relação às mercadorias, acima citadas, adquiridas de outras unidades da Federação, desde que tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte contratante.”

O Consórcio Alusa-Galvão-Tomé figura neste dispositivo como a empresa contratada por contribuinte habilitado ao DESENVOLVE, no caso a Petrobrás, para a construção da planta industrial citada no objeto do referido consórcio. O autuado importou e adquiriu dentro do Estado da Bahia com diferimento do imposto partes, peças, máquinas e equipamentos, destinados a integrarem projetos industriais, cuja habilitação somente é permitida a contribuintes do imposto, conforme constava no § 2º do art. 344 do RICMS/97:

“Art. 344. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, além dos demais requisitos previstos relativamente a cada espécie de produto, a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário.

§ 2º Somente será concedida habilitação a contribuinte que apure o imposto pelo regime normal ou nas hipóteses previstas no art. 393.”.

Vale ressaltar que o autuado também pôde efetuar as saídas subsequentes com as mercadorias citadas no inciso IV do art. 2º do regulamento do DESENVOLVE com diferimento do ICMS quando destinadas ao contratante, no caso a Petrobrás. Como o diferimento alcançava também as mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, o autuado se viu na situação de acumulação de créditos fiscais e solicitou e obteve a permissão de transferências desses créditos fiscais para o contratante da montagem da fábrica. Posteriormente, estas transferências passaram a seguir o rito determinado no § 4º do art. 2º do regulamento do DESENVOLVE.

O inciso XV do art. 4º da Lei nº 7.014/96 considera como ocorrido o fato gerador do ICMS no momento “*da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto*”.

Desta forma, fica caracterizado que o Consórcio Alusa-Galvão-Tomé, embora formado por empresas que atuam no ramo da construção civil, teve como objeto atividades de empresa comercial, distintas da natureza das empresas consorciadas, o que levou à acumulação de créditos fiscais, devendo, por isso, se submeter às regras a que estão sujeitos todos os contribuintes do ICMS.

Por ter sido constituído com o propósito de praticar com habitualidade operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS e, sendo legalmente considerado contribuinte do imposto, é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o seu ativo immobilizado, bem como nas aquisições de materiais para uso e consumo do seu estabelecimento. Assim, voto pela procedência das infrações 01 e 04.

Não houve contestação pelo autuado em relação às infrações 02 e 03. Assim, na infração 03 voto pela sua procedência. Entretanto, em decorrência da alteração ocorrida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, introduzida pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, que reduziu a aplicação do percentual da multa na hipótese da infração 02 para 1%, e em obediência ao disposto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, que determina que a lei se aplica a ato ou fato pretérito, não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, voto pela redução da multa aplicada na infração 02, nos seguintes termos:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
30/04/2009	1.375,84
31/05/2009	55,20
31/07/2009	10,50
31/08/2009	2.577,50
30/09/2009	1.610,90
31/10/2009	2.211,40
30/11/2009	30,87
31/12/2009	5.850,94
TOTAL	13.723,15

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, ficando reduzido o valor histórico para R\$631.530,52.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2693560008/14-6, lavrado contra **CONSÓRCIO ALUSA – GALVÃO - TOMÉ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$616.427,37**, acrescido de multa 60% prevista no art. 42,

inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$15.103,15**, previstas no art. 42 inciso XII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96 e Lei nº 13.461, de 10/12/15 que reduziu a aplicação do percentual da multa na hipótese da infração 02 para 1%, e em obediência ao disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN e dos acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 3.956/81.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR
ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR