

A.I. Nº - 298578.0003/17-6
AUTUADO - CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA
AUTUANTE - CLAUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGIME SIMPLIFICADO PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. De 01/01/2014 a 24/04/2014 o autuado não estava sujeito ao pagamento de ICMS pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, pois não havia assinado o necessário termo de acordo, sendo nula a exigência fiscal nesse período. Da análise das aquisições ocorridas de 25/04/2014 a 31/12/2015 foram afastadas a exigência fiscal relativa às aquisições de mercadorias consideradas como destinadas ao sistema metroviário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$226.541,55, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo e bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas de construção civil (02.15.01), ocorrido nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 85 a 105. Requereu que todas e quaisquer notificações e intimações sejam expedidas ou veiculadas para a Impugnante no endereço do seu estabelecimento situado à Baixa do Santo Antônio, s/nº, São Gonçalo – Salvador/BA, CEP 41.185-303, e também, em nome dos advogados CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, inscrito na OAB/BA nº 17.769, e MARLUZI ANDREA COSTA BARROS, inscrita na OAB/BA nº 896-B.

Alegou que em nenhum momento a Autuante, ao indicar o enquadramento legal, e portanto, a qualificação da infração, permitiu ao Autuado a correta compreensão da descrição do fato gerador que ensejou a presente obrigação. Esclareceu que atua no ramo da construção civil e que conjuntamente com a CER – Companhia de Metrô da Bahia, firmou contrato com o Estado da Bahia, de concessão em parceria público privada (PPP), para implantação e execução de obra do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas (“SMSL”).

Disse que a autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 484 à 486 do Regulamento de ICMS/BA, dispositivos já revogados que tratavam do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, os quais estabeleciam tratamento diferenciado para a apuração de ICMS às pessoas jurídicas dedicadas ao ramo da construção civil.

Afirmou que ao se deparar com o demonstrativo de débito constante na Auto de Infração, verificou que a alíquota aplicada foi de 4%, embora o tratamento dispensado nos citados dispositivos atribua uma alíquota de 3%. Assim, concluiu que a ausência do correto enquadramento legal da suposta

infração cometida, nulifica de pleno direito o ato administrativo de lançamento em que se pretende consubstanciar a cobrança do crédito ora combatido.

Ressaltou que restou claro o cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que não foi oportunizado à Defendente tomar conhecimento de todos os fatos que circundaram a lavratura do presente Auto de Infração, pois a imprecisão de informações obstou o entendimento do contribuinte e contrariou o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV).

Disse que supôs que a autuante quisesse descrever a infração como se o fato gerador da obrigação tivesse como origem operações que implicassem em aquisição de material e maquinário relacionado à sua atividade central, qual seja, a execução em consórcio do Sistema Metroviário Salvador Lauro de Freitas (SMSL).

Comentou que após analisar o período apurado (Janeiro de 2014 à Dezembro de 2015)) e confrontar com seu documentário fiscal e planilha em Excel (Análise Demonstrativo ICMS_Simplificado_CMB.xlsx) utilizada pela Auditora, começou a deduzir qual seria o efetivo enquadramento da sua autuação e chegou por si só à temerária conclusão de que a autuação pretendida pela fiscal, na verdade, deveria abalizar-se no eventual descumprimento do art. 264, LIV do Regulamento de ICMS, que estabelece a isenção do ICMS nas operações de aquisições interestaduais de bens e mercadorias destinadas ao sistema de trens urbanos e metropolitanos, baseado no Convênio ICMS nº 94/2012.

Para a concessão e gozo do benefício fiscal isencional, o autuado afirmou que requereu seu respectivo credenciamento através do Processo Administrativo nº. 02414820140, cujo deferimento ocorreu em 17/02/2014 através do Parecer de nº 3886/2014, por terem sido comprovados os requisitos necessários.

Explicou que a autuante não dispôs do necessário discernimento técnico para julgar a destinação dos materiais utilizados pela Impugnante, fazendo, como no caso, um equivocado juízo de não aplicação da isenção prevista no art. 264, LIV do RICMS, daqueles que incontestavelmente foram adquiridos com o referido propósito (aplicação nas obras do metrô). Por exemplo, a incidência do imposto sobre a aquisição de chapas de alumínio, que foram utilizadas no fechamento lateral da estação Bonocô ou na massa de vedação de solda exotérmica (NF 000005366 – Maio/2015) que foram destinadas à solda aluminotérmica dos trilhos da via permanente. Requereu a improcedência do presente Auto de Infração, que diga respeito à essa operação ou ao menos no seu refazimento, após a realização diligência fiscal.

Explicou que o Regime Simplificado de Tributação para Empresas da Construção Civil deixou de existir a partir de 2016, com o advento do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, o qual atribuiu ao art. 485 nova redação e cujos efeitos passaram a ser produzidos a partir de 01/01/16.

Reiterou que de acordo com o Demonstrativo de Débito, a alíquota que está sendo aplicada é de 4%, o que majora sobremaneira o valor da autuação. Invocou o art. 150, inciso III, alínea “a” da Constituição da República, que garante ao contribuinte a observância do Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária, de modo que obriga ao ente tributante a aplicar ao fato gerador a lei vigente à época da sua ocorrência.

Assim, requereu a revisão do critério quantitativo (alíquota) dos lançamentos dos créditos tributários ensejadores da presente notificação, para que se efetive seus correspondentes recálculos, abrindo-se novo prazo para manifestação da Impugnante para pagar ou impugnar/apresentar justificção.

Destacou que a Constituição Federal, em seu art. 150, preleciona que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”. Considerou

que o percentual de multa qualificada de 60% é abusivo, pois viola a vedação de utilização do tributo com efeito de confisco à capacidade contributiva. Assim, pugnou pela sua exclusão ou, ao menos, a redução a um percentual que atenda aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Ressaltou que o ponto central para sustentar ou rechaçar a presente autuação é a correta classificação dos bens e materiais adquiridos pelo Consórcio: se destinados ou não à execução das obras do metrô. Este é um quesito fundamental que deve ser respondido pela administração fazendária com clareza solar. Destacou que a flagrante divergência entre a Autuante e o Autuado na classificação dos bens e materiais e na incidência da norma isencional, exige a realização de diligência fiscal, nos moldes do art. 145 do RPAF.

Em resumo, requereu a realização de diligência fiscal ou prova pericial técnica sobre as notas fiscais apontadas, bem como constatação da natureza a ser atribuída, requerendo a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários para a elucidação da lide e com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Invocando o princípio da verdade material, o autuado anexou às fls. 335 a 1.529, as notas fiscais dos materiais fiscalizados no presente auto de infração, após o prazo de apresentação da defesa.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 1.531 a 1.535. Destacou que o autuado firmou com o Estado da Bahia através da Secretaria da Fazenda, termo de acordo para apuração de ICMS pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil. Disse que trocou com o autuado mensagens visando dirimir quaisquer dúvidas e minimizar a possibilidade de equívocos de entendimento, conforme documentos das fls. 7 a 15.

Ressaltou que embora alegue cerceamento, o autuado localizou e descreveu na íntegra os dispositivos legais de enquadramento indicados no auto de infração. Lembrou que o presente Auto de Infração foi apresentado e entregue ao contribuinte em 04/04/17, conforme declaração de ciência às fls. 03. Também foram entregues, em formato digital e impresso, todos os documentos que respaldaram a composição dos valores dos débitos indicados, conforme recibo de entrega às fls. 81.

Informou que dentre os documentos entregues está o Demonstrativo de Cálculo de ICMS pelo Regime Simplificado para Empresas de Construção Civil (fls. 16 e 17), que representa a primeira e última folha desse documento, que contem 96 folhas. Esse documento está completo na mídia digital presente no PAF, às fls. 75 e no CD entregue ao contribuinte, conforme recibo às fls. 81. Disse que nesse demonstrativo analítico relaciona mensalmente, em ordem cronológica, todas as operações interestaduais de entrada de mercadorias por item de cada nota fiscal, identificando o emitente, valor, alíquota destacada, CFOP, Estado de origem. Com base nessas informações, é identificada a base de cálculo, a alíquota de débito (3%), o ICMS devido. O ICMS devido é totalizado por mês e confrontado com a soma de ICMS recolhido naquele mês pelo contribuinte. O resultado da diferença entre o ICMS devido e o recolhido é apresentado no final de cada mês. Como exemplo, os valores devidos dos meses 01 e 02 de 2014, relacionados às fls. 16, de R\$693,45 e R\$5.233,80, respectivamente, são os mesmos constantes no demonstrativo de débito do AI, fls. 01, no campo “Valor Histórico”.

A autuante informou que os valores devidos pelo contribuinte após a aplicação correta da alíquota de 3% constantes do demonstrativo analítico, são alimentados em sistema informatizado de autuação da Sefaz, para a composição do campo “débito” (fls. 04 e 05). O confronto entre o demonstrativo analítico e o campo “débito”, no quadro “demonstrativo de débito” do auto de infração, demonstra a perfeita correspondência desses valores. Alegou que não houve distorção dos valores devidos. O sistema, por prever as alíquotas gerais de tributação, não possibilitava à época da lavratura a inserção da alíquota de 3%, entretanto, como a base de cálculo é determinada partindo-se do valor do débito, esse dado não interfere, nem altera, o valor atribuído ao débito.

A autuante destacou que a fruição do benefício de isenção está condicionada a fatos que irão ocorrer em período futuro. Informou que o demonstrativo de cálculo de ICMS pelo Regime Simplificado de Tributação, cuja primeira e última folhas estão no PAF (fls. 16 a 17), traz produtos adquiridos que pela análise de sua natureza, finalidade e constituição constantes em ficha técnica, não se destinam exclusivamente as obras do metrô de Salvador. Tais produtos são materiais, ferramentas, máquinas ou equipamentos que não são incorporados, esgotados ou descartados na obra, possuindo vida útil que permite sua estocagem e utilização posterior pelos consorciados.

Ressaltou que o Art. 264, LIV do RICMS estabelece que a isenção está condicionada à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos. Sendo assim, entendeu que a mera indicação de destinação não configura documento comprobatório que assegure a incorporação desses itens ao metrô de Salvador. Para isso, caberia ao contribuinte apresentar elementos de identificação de tombamento dos itens, com a respectiva incorporação ao patrimônio dos terminais, estações e complexos de manutenção. Para os itens onde não há a previsão ou possibilidade de tombamento, necessário se faz a apresentação do detalhamento dos projetos executivos, com a respectiva indicação de matérias, quantidades e cronograma de execução, para a confrontação com os itens em questão.

Lembrou ainda que a construção e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas estão sendo realizadas em PPP entre a CCR Metrô Bahia e o Estado da Bahia, com recursos investidos na construção de estações e aquisição e manutenção dos equipamentos que devem possuir discriminação que permita identificar os bens reversíveis e os bens vinculados à concessão, para a adequada avaliação dos condicionantes presentes no Convênio 94/12 e Art. 264, LIV, do RICMS. Resumindo, que bens serão, de fato, incorporados ao sistema metroviário, e quais serão, posteriormente, retornados ou incorporados pelos consorciados.

Explicou que a composição do demonstrativo que fundamenta o Auto de Infração deriva do confronto entre informações obtidas pelo Fisco, com aquelas fornecidas pelo contribuinte, como planilhas mensais enviadas pela empresa por e-mail e incluídas no PAF, às fls. 18 a 74. Disse que essa planilha apresenta coluna intitulada: “APLICADO NA OBRA?” e relaciona, mês a mês, as notas fiscais de entrada e o valor do imposto a ser recolhido pelo contribuinte, na coluna “VALOR IMPOSTO”. Ressaltou, ainda, que a Nota Fiscal nº 000005366, citada pela defesa, consta da planilha do contribuinte (fls. 47), com o cálculo do imposto a pagar de 3%, além da informação “NÃO”, na coluna relativa a pergunta “APLICADO NA OBRA?” Portanto, afirmou que acatou declaração do próprio contribuinte, ao incluir em seu demonstrativo esses itens.

Quanto ao pedido de eliminação ou redução da multa arguindo seu caráter confiscatório, ressaltou que cabe à fiscalização obedecer aos ditames legais, que inclusive estabelecem prazos para pagamento com redução nos percentuais de multas.

A autuante não quis opinar em relação ao pedido de diligência em busca da verdade material.

A autuante concluiu que como os elementos apresentados não são suficientes para comprovar a destinação dos itens de acordo com os dispositivos legais de isenção presentes no RICMS, art. 264, LIV, bem como não adicionam dados ou informações que levem a mudança na apuração realizada, manteria integralmente os termos da autuação, no valor histórico de R\$226.541,55.

VOTO

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada 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 inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração sob a alegação de erro no enquadramento legal. Consta na descrição da infração que o autuado deixou de recolher o ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo e bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas de construção civil. Citou no enquadramento legal os arts. 484 a 486 do RICMS que tratava do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil.

O autuado alegou que teve seu direito de defesa cerceado em decorrência da imprecisão das informações que fundamentaram o auto de infração. Entretanto, a autuante observou um suposto não pagamento de imposto e fez a reclamação de ofício com base nos dispositivos legais que previa a sua exigência. O suposto enquadramento em hipótese de isenção deve fazer parte do cabedal de alegações de defesa do autuado, para justificar o não pagamento do ICMS detectado pela autuante. Assim, a citação de dispositivo de isenção de ICMS, que poderia ser aplicado às aquisições que foram objeto deste auto de infração, não poderia constar no enquadramento legal, pois representa motivo de afastamento da exigência fiscal quando aplicada ao caso concreto.

Quanto à indicação de suposta aplicação de alíquota de 4% na apuração do imposto exigido neste auto de infração, concluo que os valores apurados no demonstrativo anexado em CD à fl. 75 resultaram da aplicação da alíquota de 3%, conforme indicado em coluna denominada “Aliq. Déb.”. Os valores apurados neste demonstrativo na coluna denominada “Dif a Rec” foram trazidos em seus valores nominais para a coluna “Valor Histórico” do auto de infração e para a coluna “Débito” do Demonstrativo de Débito às fls. 04 e 05.

A indicação de alíquota de 4% não implicou em exigência superior à prevista na legislação, pois de fato o imposto foi exigido pela alíquota de 3%. A indicação da alíquota de 4% veio acompanhada de uma redução na base de cálculo das operações efetivamente realizadas de forma que a carga tributária permaneceu em 3%. Essa imperfeição na produção do auto de infração, decorre da não previsão nos sistemas informatizados da SEFAZ de existência de alíquota diferente das normalmente aplicáveis em operações internas e interestaduais. Assim, fica afastada qualquer diligência visando o recálculo do imposto devido, pois os valores históricos que estão sendo exigidos correspondem aos apurados no demonstrativo em CD à fl. 75, cuja alíquota aplicada foi de 3%.

O autuado é empresa de construção civil, inscrita no Cadastro do ICMS com atividade econômica de “construção de rodovias e ferrovias”, vencedora de licitação para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Nesta condição, passou a ser beneficiária da isenção do ICMS nas aquisições de bens e mercadorias destinadas ao referido sistema metroviário a partir de 17/02/2014, com base em autorização concedida pelo Diretor da DAT METRO, conforme Parecer nº 3.886/2014 (fl. 262).

Convém destacar que o benefício contido no inciso LIV do art. 264 do RICMS alcança qualquer mercadoria que seja empregada na construção, manutenção e operação do sistema metroviário, seja ela classificada como material de uso ou consumo ou como bem do ativo, devendo, contudo, ser incorporado ao sistema metroviário, conforme a seguir:

“LIV - as operações internas e interestaduais, bem como as aquisições interestaduais relativamente ao diferencial de alíquotas, com bens e mercadorias destinados a sistemas de trens urbanos e metropolitanos (metrô) e demais redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros, sendo que (Conv. ICMS 94/12):”.

O benefício de isenção do inciso LIV do art. 264 do RICMS foi inserido com base nas disposições contidas no Convênio ICMS 94/12. A cláusula terceira do citado convênio estabelece que:

“Cláusula terceira A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros que se refere a Cláusula primeira, na forma e nas condições estabelecidas pela legislação interna.”.

O item 1 da alínea “b” do inciso LIV do art. 264 do RICMS, em relação à condição estabelecida na cláusula terceira do Convênio ICMS 94/12, trouxe a seguinte redação:

“b) a fruição do benefício de que trata este inciso fica condicionada:

1 - à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos;”.

Desse modo, verifico que a legislação da Bahia se omitiu em relação à forma e às condições que deveriam ser estabelecidas para comprovação pelo contribuinte acerca do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação do sistema metroviário. Apenas repetiu o texto que exigia a comprovação do efetivo emprego como condição para fruição do benefício.

A constituição de um consórcio especificamente formado para a realização de determinada obra, com orçamentos pré-definidos, já seria um indicativo de que suas aquisições são efetivamente destinadas àquela obra.

A omissão da legislação baiana em definir a forma e condição para comprovação do emprego das mercadorias no sistema metroviário não pode ser suprida por quaisquer documentos ventilados pela autuante. Não havia obrigação previamente definida na legislação que impusesse ao autuado a guarda de projetos ou cronogramas com a finalidade de servir de comprovação de emprego das mercadorias adquiridas no sistema metroviário, tornando impossível o atendimento da apresentação pelo autuado dos documentos sugeridos pela autuante na informação fiscal.

De acordo com o Parecer nº 9552/2014, finalizado em 25/04/2014 (fl. 1.541), o autuado efetivamente assinou termo de acordo com a SEFAZ visando a adoção do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, previsto nos arts. 484 a 486 do RICMS. Apesar de exercer de uma maneira geral atividade fora do campo de incidência do ICMS, apresentou requerimento declarando-se contribuinte do imposto e obteve com o citado termo de acordo a condição de adquirir mercadorias oriundas de outras unidades da Federação com aplicação da alíquota interestadual e recolhimento de imposto complementar no percentual de 3%. O autuado obteve, ainda, atestado da SEFAZ reconhecendo a sua condição de contribuinte do ICMS, conforme Parecer nº 18.120/2014, finalizado em 29/07/2014 (fl. 1.542).

O fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, sujeito ao ICMS, permitiu ao autuado o reconhecimento da condição de contribuinte do ICMS e a fruição do citado tratamento tributário dispensado às empresas de construção civil.

Entretanto, a exigência do imposto pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil somente seria admissível a partir de 25/04/2014, data da finalização do processo que concedeu o necessário termo de acordo.

Diante do exposto, concluo que as aquisições efetuadas pelo autuado entre 01/01/2014 até 24/04/2014, período anterior à data da concessão de termo de acordo para fruição do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, não poderiam ser exigidas nos termos do referido

regime. Assim, é nula a exigência fiscal desse período, devendo ser refeita a ação fiscal visando a cobrança com fulcro no regime a que estão sujeitos os contribuintes que apuram o imposto pelo conta-corrente fiscal.

Por outro lado, da análise das aquisições ocorridas entre 25/04/2014 a 31/12/2015, afasto a exigência em relação às mercadorias classificadas pelo autuado como “isenção aplicável” na planilha anexada às fls. 151 a 258, por entender tratar-se de mercadorias que foram efetivamente destinadas ao sistema metroviário.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$82.175,19, nos seguintes termos e conforme planilha analítica anexada em mídia CD à fls. 1.543:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/10/2014	6.813,00
28/02/2015	5.099,41
31/03/2015	6.719,14
30/04/2015	884,34
31/05/2015	12.409,04
30/06/2015	8.668,96
31/07/2015	10.361,66
31/08/2015	15.903,82
31/12/2015	15.315,82
TOTAL	82.175,19

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0003/17-6**, lavrado contra **CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.175,19**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2018

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ– RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR