

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0007/05-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GDK S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0088-04/06
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 15/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0290-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Falta de previsão legal para exigência da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para aplicação na execução de obra contratada por terceiros, operação sem a incidência do ICMS. Exigência insubstancial. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0088-04/06, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de que o recorrido deixou de recolher ICMS no total de R\$767.964,75, em razão de:

1. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$98.378,51, pelas importações de mercadorias, decorrente de erro na determinação da base de cálculo;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, no valor de R\$669.586,24, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$98.378,51, relativo à infração 1, por considerá-la subsistente, diante do reconhecimento do sujeito passivo, assim como considerar insubstancial a exigência relativa à infração 2, por considerá-la não caracterizada, visto que restou comprovado que as mercadorias adquiridas não são para comercialização, não incidindo a antecipação parcial, pois o autuado atua no ramo de construção civil, tendo como atividade principal a execução sob contrato de montagem e interligação de equipamento, com fornecimento dos mesmos, além de outros materiais, mas que são empregados na referidas construções e montagens.

Nesta condição, o próprio contribuinte formulou consulta à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, solicitando orientação no tocante à aplicabilidade do regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias a serem empregadas na execução de seus serviços, devendo fornecer todos os materiais e equipamento, cujo Parecer de nº. 1228/2005, às fls. 341 e 342 dos autos, datado de 18/02/2005, consta que não deve ser aplicado o regime de antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias para aplicação na execução de obra contratada por terceiros, por inexistência de intuito de revenda ou comercialização das mercadorias adquiridas.

Ressalta a JJF que da mesma forma o CONSEF tem decidido a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0320-11/05. Assim, conclui que a infração 2 não está caracterizada, devendo ser excluída, do que recorre de ofício.

VOTO

A infração em exame, objeto do Recurso de Ofício, exige a antecipação parcial referente às aquisições interestaduais de mercadorias, para fins de comercialização, por pessoa jurídica inscrita no cadastro do ICMS na condição especial, citando o art. 352-A, § 3º, do RICMS, conforme abaixo transscrito:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.

[...]

§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:

Nota: A redação atual do § 3º do art. 352-A foi dada pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05). Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 352-A pela Alteração nº 57 (Decreto nº 9152, de 28/07/04, DOE de 29/07/04): "§ 3º Para os efeitos deste artigo, serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial ou por contribuintes inscritos na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS."

I - pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial;

II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Salienta o autuante em sua informação fiscal, às fl. 369 a 370 dos autos, que o fulcro da autuação não é o fato das mercadorias adquiridas terem ou não sido comercializadas e sim a qualidade de pessoa jurídica inscrita no cadastro do ICMS, na condição de ESPECIAL, sob nº. 43.491.711 EP (fl.7).

Observo que, de fato, o citado dispositivo legal considera para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoa jurídica inscrita na condição de “especial”, como ocorreu no caso concreto, ou seja, que deve incidir a antecipação parcial do ICMS nestas operações.

Porém, há de se relevar que o § 1º do retrocitado art. 352-A do RICMS, também estabelece que a antecipação parcial do ICMS não se aplica às mercadorias, cujas operações internas posteriores sejam acobertadas pela não-incidência. Como o art. 542, II, do RICMS determina que não incide o imposto no fornecimento de material adquirido de terceiro pelo empreiteiro ou sub-empreiteiro para aplicação nas construções, obras ou serviços contratados, conclui-se que no caso concreto, tais mercadorias, mesmo adquiridas por estabelecimento inscrito no cadastro da SEFAZ na

condição de “especial” e, como tal, consideradas para fins de comercialização, não se aplica a antecipação parcial do ICMS, pois se trata de operação acobertada pela não-incidência do imposto.

Ademais, o fato do recorrente ter formulado consulta à Administração Tributária, solicitando orientação no tocante à aplicabilidade do regime de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias a serem empregadas na execução dos seus serviços de obra de construção civil contratada por terceiros, cuja resposta obtida através do Parecer GECOT n. 1228/2005 foi de que o conselente está desobrigado de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial a que se refere à Lei n. 8.967/03, pois não se caracteriza a existência efetiva de comercialização posterior, o exime, conforme previsto no art. 65 do RPAF/99, de qualquer penalidade e o exonera do pagamento do tributo, que se considera não devido no período.

Assim, do exame do Recurso de Ofício, impetrado pela 4^a JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, entendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois o contribuinte está respaldado, na legislação e em consulta eficaz à DITRI, de que não se aplica o regime de antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias a serem empregadas na execução de obra contratada por terceiros.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologado o valor pago referente à infração 1, conforme ás fls. 373 e 374.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206855.0007/05-9, lavrado contra **GDK S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$98.378,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS