

A. I. Nº - 276473.1202/07-6
AUTUADO - CORTSUL SERVIÇOS AGRO FLORESTAIS LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 01/07/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-03/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não restou provado nos autos que o sujeito passivo, inscrito no cadastro do ICMS na condição de contribuinte especial, desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme previsto no art. 352-A, § 3º, inciso II do RICMS/BA. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2007, refere-se à exigência de R\$24.242,96 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, no período de março de 2004 a setembro de 2007.

O autuado, por meio de advogados com procuração à fl. 286, apresentou impugnação (fls. 241 a 251), alegando que o autuante deixou de observar a condição do autuado de prestador de serviço de reflorestamento, sendo contribuinte do ISSQN. Transcreve o inciso VII, alínea “b” do art. 155 da Constituição Federal e o art. 7º, inciso I do RICMS/97, além do Acórdão JJF Nº 0090-04/06. Salienta que prestador de serviço não é revendedor de mercadoria e sim consumidor final, e tal entendimento não é somente do autuado, mas também da própria SEFAZ através da Superintendência de Administração Tributária. Comenta sobre o princípio da verdade material constante do art. 2º do RPAF, e afirma que a intenção do legislador baiano foi assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário. Diz que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais do direito como forma de proteger o contribuinte, o que se observa no art. 112 do CTN. Diz que o autuante não pode desconhecer a real atividade empresarial do autuado para enquadrá-lo como contribuinte do ICMS. Reproduz ementas dos Acórdãos JJF Nº 0105-04/06, JJF Nº 0363-01 e JJF Nº 0090-04/06. O defendente salienta que se tivesse adquirido mercadorias a partir de 01/01/2008 com alíquota interestadual, estaria no máximo descumprindo uma obrigação acessória, uma vez que a obrigação de recolher a diferença entre as alíquotas interna e interestadual pertence ao contribuinte remetente e não ao destinatário. Tal diferença é devida ao Estado remetente e não ao Estado destinatário, sob pena deste se locupletar ilicitamente. Afirma que o presente Auto de Infração padece de motivação, conforme ensina o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, reproduzindo, também, ensinamentos de Hely Lopes Meirelles em sua obra Direito Administrativo Brasileiro. Comenta sobre o lançamento do crédito tributário e diz que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado no exercício do qual são praticados atos, e o objeto do lançamento como ato de vontade da administração está determinado na lei tributária que autoriza a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração à legislação, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato, no caso, o autuante. Transcreve publicação da Editora Forense, referente aos Comentários ao

Código Tributário Nacional e conclui que não havia motivo para que o autuante lavrasse o Auto de Infração; argüi como prejudicial de validade e eficácia, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado na Constituição Federal. Finaliza, pedindo a nulidade total do presente Auto de Infração, e se assim não for entendido que se decida pela sua improcedência.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 295 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que apesar de o contribuinte discordar do Auto de Infração e afirmar que nada deve ao Fisco estadual, o RICMS/BA prevê o pagamento do ICMS antecipação parcial nas hipóteses de aquisições interestaduais de mercadorias por contribuintes inscritos no regime especial sem a aplicação da alíquota interna na operação, conforme art. 352-A, § 3º, inciso I do RICMS/97. Pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, no período de março de 2004 a setembro de 2007.

Quanto ao recolhimento do imposto exigido no presente lançamento, a Lei nº 7.017/96 estabelece que, “nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O RICMS/97, no art. 352-A reproduz no caput a mesma redação constante no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo previsto no seu § 3º:

Art. 352-A

...

§ 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:

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 – ISS.

As mercadorias estavam acobertadas pelas Notas Fiscais elencadas no demonstrativo de fls. 10 a 16, e respectivas fotocópias às fls. 17 a 237 do PAF, ficando comprovado que as mercadorias se destinavam ao autuado, inscrito nesta SEFAZ na condição de “especial”, constando nos seus dados cadastrais registrados no INC (Informações do Contribuinte) que o autuado é não contribuinte do imposto; tem como atividade econômica principal o serviço de preparação de terreno, cultivo e colheita, e como CNAE secundária a atividade de apoio à produção florestal.

Portanto, está comprovado que se trata de não contribuinte do ICMS, desenvolvendo atividade de prestação de serviços de reflorestamento, e por isso, o defendente alegou que é contribuinte do ISSQN; não é revendedor de mercadoria e sim consumidor final.

Portanto, apesar de o autuado não ser contribuinte do ICMS, por desenvolver atividades relacionadas com a prestação de serviços, obteve inscrição estadual nesta SEFAZ, na qualidade de contribuinte especial, adquirindo mercadorias de outras unidades da federação com alíquota interestadual. Neste caso, houve operação interestadual de aquisição de materiais de uso ou consumo destinados à prestação de serviços sujeitos a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Vale ressaltar, que de acordo com o art. 3º, inciso V da Lei Complementar 87/96, não incide ICMS nas operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na própria lei complementar.

Entendo que assiste razão ao defendente quanto à sua alegação de que não poderia ter providenciado o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, tendo em vista que inexistia o requisito estabelecido no inciso II do § 3º do art. 352-A do RICMS/97, ou seja, não restou provado nos autos que o sujeito passivo, inscrito no cadastro do ICMS na condição de contribuinte especial, desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. Ademais, as quantidades descritas nas notas fiscais não indicam intuito comercial nas aquisições das mercadorias. Portanto, não ficou caracterizada a infração apontada.

Saliento que este posicionamento foi adotado pelo CONSEF através do Acórdão CJF Nº 0313-11/06, cuja ementa transcrevo abaixo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0313-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não restou provado na acusação fiscal que o sujeito passivo, inscrito no cadastro do ICMS na condição de contribuinte especial, desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme previsto, à época dos fatos geradores, no art. 352-A, § 1º, do RICMS/BA. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

Face ao exposto, voto pela IMROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276473.1202/07-6, lavrado contra **CORTSUL SERVIÇOS AGRO FLORESTAIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR