

A. I. Nº - 089008.0301/10-6
AUTUADO - TRATERRA SERVIÇOS E LOCAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 20.10.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0306-04/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência do ICMS por antecipação parcial só pode ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Constatado que as operações são de aquisições de bens usados na manutenção de máquinas destinadas à prestação de serviços, em mercancia interestadual, na qual deve incidir a alíquota interna prevista no art. 155, VII, “b” da Constituição Federal, cujo imposto é devido ao Estado onde está situado o remetente das mercadorias, e não ao Estado do destinatário. Infração descaracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 04/03/2010 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 415.215,31, em razão da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O contribuinte, às fls. 3.457 a 3.471, através de advogados regularmente constituídos (procuração à fl. 3.477), apresenta impugnação.

Alega, inicialmente, invocando o art. 155, § 2º, VII, “b” da CF c/c art. 7º, I do RICMS/BA, que não havia motivo para imputação de infração, por ser prestador de serviços, contribuinte do ISSQN.

Transcreve trechos de acórdãos deste Conselho, onde as decisões foram no sentido de que não cabe antecipação parcial quando a empresa atua exclusivamente no ramo de prestação de serviços, e quando os produtos adquiridos são usados na referida prestação, sem incidência do ICMS.

Refere-se ao princípio da verdade material, à CF, ao CTN e aos demais princípios de direito tributário para aduzir que não se pode olvidar a sua verdadeira atividade empresarial: prestador de serviços de reflorestamento, não sendo contribuinte do ICMS.

Mais uma vez, traz à baila decisões deste Conselho, para dar fundamento à sua afirmação de que não se submete à tributação do ICMS, por ser prestador de serviços, não estando, portanto, sob a incidência do referido imposto, uma vez que é obrigado a pagar o ISSQN.

Na sua concepção, o ato administrativo em tela carece de motivação, pois se houvesse ocorrido a aquisição de mercadorias com alíquota interestadual, teria – no máximo – descumprido obrigação acessória, por erro de terceiro, já que a obrigação de recolher a diferença de alíquotas é do remetente, não do destinatário. Tal diferença, segundo alega, é devida à unidade federativa do remetente, não do destinatário.

Transcreve doutrina, além de publicação jurídica da Editora Fozzari, a respeito do dever de autoridade fiscal de agir de forma vinculada à lei (art. 3º do C

motivação no procedimento fiscal em análise.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência.

Às fls. 3.535 e 3.536 o autuante apresenta informação fiscal.

Pondera que a sociedade empresária está inscrita no Cadastro desta SEFAZ na condição “NORMAL”, cujo código da atividade principal é 7733100 – aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios.

Visto que o autuado, no período compreendido entre os exercícios de 2005 e 2008, efetuou pagamentos relativos à antecipação parcial, e outros através de guias nacionais de recolhimento de tributos estaduais (GNRE, fls. 3.537 a 3.540), tomou por base o art. 352-A do RICMS/97 para lavrar o Auto de Infração, que requer seja julgado procedente.

VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Não tem amparo fático ou jurídico o argumento do autuado, ora impugnante, quanto aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a inexistência da antecipação parcial do imposto, fundamentando com a indicação das notas fiscais, bem como de seus demonstrativos, dados e cálculos, assim como indicou a fundamentação de direito, que se ampara especialmente nas disposições constantes do inciso I, §3º do art. 352-A do RICMS/BA.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, tributário ou administrativo, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/99), tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

No mérito, o Auto de Infração em exame traz a exigência da antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Conforme a alteração do contrato social de fls. 3.474 e 3.475, o autuado “explora o ramo de prestação de serviços de engenharia em geral”.

É assente neste Conselho o entendimento de que a exigência do ICMS por antecipação parcial só pode ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização, a exemplo do que se decidiu, nos Acórdãos CJF números 0410-11/08, 0155-11/09, 0188-12/10, e 0032-12/10.

O Auto de Infração de número 207110.1204/04-3, lavrado contra o mesmo sujeito passivo da presente relação jurídica, foi julgado improcedente pela 2ª JF – Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa está abaixo transcrita.

ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Trata-se de prestador de serviços, e neste caso, as mercadorias ou materiais adquiridos não são considerados materiais de uso e consumo, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Por motivos cristalinos, cabe à autoridade fiscal trazer aos autos comprovantes irrefutáveis de que as aquisições objeto da autuação foram de mercadorias destinadas à comercialização, o que não fez.

Ou seja, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito de lançar tributo é de quem o alega, sendo assim, aplica-se aqui a teoria geral da prova, que está consubstanciada nas disposições do Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 333, in verbis: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Não tem cabimento, a partir de alguns recolhimentos de ICMS antecipação parcial, cujos vínculos com as aquisições autuadas não

3.537 a 3.540), deduzir que, sobre todas as operações em análise, incide a antecipação parcial. É sabido que as presunções somente são admitidas quando nascem da lei, nunca do homem.

Ora, não cabe à Administração Fazendária se comportar como se coubesse apenas aos contribuintes constituir provas materiais dos atos e fatos com repercussões tributárias. Necessariamente, impende a quem alega o ônus da prova.

Da análise das peças que compõem o processo, em especial as cópias das notas fiscais colacionadas, verifico que o autuado adquiriu, entre outros, produtos tais como parafusos, tubos, porcas, rolamentos, pinos, arruelas (fls. 3.179, 3.188 e 3.817), buchas (fl. 3.116), dentes (fl. 3.117), cadeiras (fl. 3.150), óleos (fl. 3.228), filtros, braçadeiras, válvulas, chavetas, anéis e juntas (fl. 3.251), todos tipicamente utilizados na manutenção de equipamentos para prestação de serviços acima citada.

Nessa esteira, percebo que no PAF não há indícios de que o autuado já tenha recolhido o ICMS calculado com base na conta corrente fiscal, ou que já tenha emitido qualquer nota fiscal de venda de mercadorias.

Portanto, concluo que o autuante não trouxe aos autos provas do direito do Estado de constituir o crédito tributário, e que as operações sob análise são de aquisição de bens destinados à prestação de serviços, sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) de competência dos municípios, fora do campo de incidência do ICMS.

Conforme disposto no art. 155, II da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Quanto às operações e prestações destinadas a consumidor final, o inciso VII do art. 155 da CF/88 estabelece:

Art. 155.

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.

A Lei Complementar 87/96 estabelece no seu art. 3º, V que:

Art. 3º. O imposto não incide sobre:

(...)

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar, (...).

A Lei Estadual de nº 8.967/03, que instituiu o ICMS por antecipação parcial no Estado da Bahia, no seu art. 2º, acrescentou os seguintes dispositivos à Lei nº 7.014/96:

I - o art. 12-A, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004:

12-A. 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.

§ 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.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.

(...)

§ 6º O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes inscritos na condição normal, nos termos do art. 12-A, poderá ser escriturado a crédito, conforme dispuser o regulamento.

Logo, pela análise das operações objeto da autuação e dos diversos elementos que integram a regra-matriz do ICMS e da antecipação parcial, constato que as mesmas são de aquisição de bens usados na manutenção de máquinas destinadas à prestação de serviços, em mercancia interestadual, na qual deve incidir a alíquota interna prevista no art. 155, VII, “b” da Constituição Federal, cujo imposto é devido ao Estado onde está situado o remetente das mercadorias, e não ao Estado do destinatário.

As operações empresariais objeto da autuação, conforme inicialmente exposto, não se referem a aquisições de mercadorias destinadas à comercialização. Portanto, não ocorreu o fato gerador do imposto, consoante o que está definido na Lei Estadual.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0301/10-6**, lavrado contra **TRATERRA SERVIÇOS E LOCAÇÃO LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR