

A. I. N° - 210943.0005/10-6
AUTUADO - AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 08.04.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-04/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA 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. Infração descaracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/02/2010, exige ICMS no valor de R\$ 12.948,28, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre produto alegadamente adquirido para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de fls. 04 e 05 (número 210943.0017/10-4).

Às fls. 16 a 29, o autuado ingressa com impugnação, através de advogado constituído no instrumento de mandato de fl. 31.

Assevera ser sociedade empresária que tem como objeto social a realização de obras de engenharia civil dos mais variados portes, tendo adquirido, no presente caso, materiais de construção para uso em reforma contratada via empreitada (fl. 46), em cumprimento ao contrato de prestação de serviços número 143/2009, firmado com a Superintendência de Construções Administrativas da Bahia – SUCAB (fls. 48 a 52).

Com fundamento em doutrina e no art. 5º, LV, CF/88 c/c 142, CTN, preliminarmente, sustenta que existem certas inconsistências e fundamentações legais equivocadas, o que malfere seu direito à ampla defesa e o princípio do devido processo legal, tornando o ato nulo de pleno direito.

O contribuinte, quando usuário final de mercadoria adquirida em outro Estado, em verdade, não pode ser tributado pelo regime de antecipação parcial, uma vez que não destina o que foi adquirido à comercialização, mas sim ao uso e consumo, o que afirma com fundamento no art. 3º, CTN e em decisões administrativas transcritas, bem como em ensinamentos doutrinários.

No mérito, destaca a não incidência do ICMS sobre material de construção destinado ao uso direto em obra de construção civil contratada por terceiros (art. 7º, I, RICMS/97).

Objetivando desenvolver suas atividades, compra produtos originários da Bahia e de outros estados, sendo que, na situação em comento, adquiriu da Bridgestone do Brasil Indústria e Comércio Ltda. o material denominado “MANTA EPDM – PROPILENO 08 X 100”. Não exerce, conforme aduz, a comercialização da citada mercadoria.

Protesta pelo uso de todos os meios de prova admitidos em direito, assim como solicita que as intimações e notificações sejam endereçadas ao seu patrono.

Requer a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 98 e 99, o autuante transcreve o art. 352-A, § 3º, I, RICMS/97, para argumentar que as pessoas inscritas no Cadastro do ICMS na condição de “especial” que adquirirem, em operações interestaduais, mercadorias, submetem-se à antecipação parcial.

Transcreve acórdão do STJ que decidiu em sentido contrário e pondera que, nas suas palavras, *“em que pese, e pesa muito, a decisão judicial, entendemos, face ao parágrafo 3º e seu inciso I, do art. 352-A do RICMS/BA, que é pertinente a exigência do imposto” (...)*.

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 da nota fiscal, bem como de seu demonstrativo, 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. 35 a 39, o autuado possui como objetivo empresarial obras de engenharia civil, contenção, montagem e instalação de estruturas metálicas, construção e manutenção de rodovias, demolição, construção de redes de abastecimento de água, urbanização, instalação esportiva ou recreativa e pintura (fl. 35). Está o defendente inscrito no Cadastro desta Secretaria sob o código 4299599 – OUTRAS OBRAS DE ENGENHARIA CIVIL NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE.

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 nºs 0410-11/08, 0155-11/09, 0188-12/10, e 0032-12/10.

Por motivos cristalinos, cabe à autoridade fiscal trazer aos autos comprovantes irrefutáveis de que a aquisição objeto da autuação foi de mercadoria destinada 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, em face das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, sem qualquer prova nos autos de que a mercadoria designada na NF-e de fl. 08 foi destinada à revenda, deduzir que, sobre a operação em análise incide a antecipação parcial. É sabido que as presunções jurídicas somente são admitidas quando nascem da lei, nunca do homem.

Ora, não é pertinente a 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, concluo que o material foi destinado ao desenvolvimento das atividades típicas do sujeito passivo, mesmo porque não se provou o contrário.

O fato de a comercialização ter sido tributada a 07% indica que o Estado do estabelecimento destinatário foi prejudicado, posto que a alíquota correta é aquela utilizada nas vendas interestaduais para consumidor final.

O autuante não trouxe ao PAF provas do direito do Estado de constituir o crédito tributário. Portanto, de acordo com os elementos colacionados pelo contribuinte, é forçoso concluir que a operação sob análise trata de aquisição de mercadoria destinada 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 o 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 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, constato que a operação é de aquisição de material para uso na 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.

A operação empresarial objeto da autuação, conforme anteriormente exposto, não se refere a aquisição de mercadoria destinada à comercialização. Assim, não ocorreu o fato gerador do imposto, consoante o que está definido na Lei Estadual.

A exigência do ICMS por antecipação parcial só pode ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração descaracterizada.

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 **210943.0005/10-6**, lavrado contra **AMF ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR