

A I N° - 157065.0013/10-5
AUTUADO - CONSTRUTERRA CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.
AUTUANTE - GERANÍLSON DANTAS REQUIÃO
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 10/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-03/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA COM INSCRIÇÃO ESTADUAL NA CONDIÇÃO DE “ESPECIAL”. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ICMS CALCULADO COM APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Também são consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual. Infração caracterizada. Rejeitada as preliminares de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2010 para exigir ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$49.114,20, acrescido da multa de 60%, referente a aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, no período de janeiro/2005 a dezembro/2008.

Às fls. 08 a 93 o autuante anexa Relatórios de notas fiscais informadas por terceiros, emitido pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização; Relações de DAEs emitidas pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, relativos a recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial de descredenciados e a recolhimentos de ICMS sob outros códigos de receita, com a inscrição estadual do contribuinte; e vias de notas fiscais com descrições de produtos como reservatórios plásticos, compostos para construção, azeite, bacalhau, televisores, reprodutores de mídia CD/DVD, aparelhos de informática, câmeras digitais de fotos, câmeras de vídeo, rádios, bombas de engrenagem, pára-raios, equipamentos para trabalho com concretagem, dente de corte e suportes para dentes, sensores, esticadores, parafusos, cunhas de fresagem para asfalto.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento de ofício às fls. 100 a 123 inicialmente relatando os termos da imputação e a seguir aduzindo ser sociedade que apresenta como sua atividade fim a atuação no ramo de prestação de serviços de engenharia e de construção civil. Diz que tem obrigações tributárias e que as cumpre, e que a administração pública tem o dever de agir dentro da legalidade. Aduz que no Auto de Infração está lançado débito de ICMS referente aos exercícios de 2005 a “2009”, e argüi decadência relativamente aos fatos geradores de

2005. Argüi ter sido o crédito tributário constituído em 2010, e que ele, autuado, foi intimado em 12 de janeiro de 2011. Fala da inércia da administração por cinco anos. Tece considerações sobre o “fator temporal”, o Direito, a prescrição e a decadência. Cita os artigos 150 §4º, 156 incisos V e VI, 174 parágrafo único e 173, todos do Código Tributário Nacional – CTN. Cita texto de jurista e decisões de Tribunal Superior. Discorre acerca de estabilidade social.

Diz que há o vício da nulidade. Fala sobre extinção do crédito tributário. Afirma que não agiu com dolo, fraude, ou simulação, e que o Auto de Infração deveria ser cancelado.

Passa a pronunciar-se acerca do mérito da imputação, descrevendo-a e citando os dispositivos normativos indicados no Auto de Infração. Diz ser estabelecimento prestador de serviços, com objeto social definido de realização de obras de construção civil, terraplenagem e recuperação de estradas e rodagens, entre outros. Que nunca se desviou de tal objeto social, não praticando atos de comércio. Que os equipamentos e materiais teriam sido adquiridos com o propósito de serem empregados nas obras, o que não seria operação condizente com contrato comercial de fornecimento de materiais, como contrato de compra e venda de mercadorias. Fala sobre campo de incidência de ISS e cita a legislação a respeito. Afirma que nas operações incide ICMS pela “aquisição de bens pela Autuada, bens estes adquiridos de fornecedores industriais e ou comerciais, embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior. Em sendo assim, configura-se a Autuada como típica empresa prestadora de serviços de engenharia, cujas obrigações sociais decorrem de relação civil de fato, pelo atendimento direto das necessidades físicas e jurídicas, quando houver a contratação destas pelos interessados, as quais consistem em atividade técnica específica, planejamento, elaboração de cálculos, projetos, fiscalização da execução da obra, etc.”

Diz entender que não está obrigado a sujeitar-se à complementação das alíquotas do ICMS, nas aquisições interestaduais de ativo permanente, material para uso e/ou consumo, bem como materiais que vão afetar, fisicamente, ativo de terceiros em andamento, os donos das obras que lhe foram contratadas, por empreitada. Afirma que, por força da atividade que desenvolve, encontra-se enquadrado nos itens 7.0 e 7.1 da Lista de Serviços que tem previsão na Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, cujo artigo 1º copia.

O contribuinte passa a falar no princípio da legalidade em sua perspectiva histórica. Cita o inciso II e caput do artigo 5º, inciso I e caput do artigo 150, artigo 155, todos da Constituição da República, e o artigo 97 do CTN. Cita juristas e decisão de Tribunal Regional Federal. Fala sobre o ICMS e a competência para legislar acerca de tributos. Tece considerações sobre diferença de alíquotas e bens destinados a consumo final e a ativo fixo. Diz que para que a incidência do imposto alcançasse tanto os bens destinados ao consumo, quanto os bens destinados ao ativo fixo, haveria o legislador constitucional que prever, expressamente, as duas hipóteses de incidência, dispendo que o imposto incidiria sobre a operação de entrada de bens destinados a consumo, ou ao ativo fixo, e que a cobrança do imposto não pode realizar-se por extensão elástica do campo de incidência, pelo legislador infra-constitucional.

Afirma que o legislador constitucional, quando quis que a incidência do ICMS alcançasse os bens destinados a consumo e os bens destinados ao ativo fixo, “, quando provenientes do exterior o dispôs de forma expressa no inciso IX, “a”, do artigo 155 da Constituição da República.

O autuado conclui pedindo pela declaração de nulidade do Auto de Infração.

O contribuinte junta, às fls. 126 e 127, respectivamente, espelho do seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, com data de abertura de 18/11/1994, constando as atividades econômicas de “obras de terraplenagem”, “construção de rodovias e ferrovias”, e de “serviços de preparação de terreno não especificados anteriormente”; e cartão de inscrição nesta SEFAZ/BA na condição

de contribuinte sob regime “Especial”, emitido em 03/10/1998. Anexa cópia de Contrato Social às fls. 129 a 133.

O autuante presta informação fiscal às fls. 135 a 137 mantendo integralmente a autuação, descrevendo a imputação e aduzindo que o contribuinte alega não ser exigível ICMS por antecipação comercial de empresas de construção civil. Que, contudo, de acordo com o artigo 155, §2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição da República, as alíquotas interestaduais do ICMS são aplicáveis apenas nas operações destinadas a contribuinte do imposto e que, portanto, as aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação realizadas pelo sujeito passivo, que alega não ser contribuinte do imposto, deveriam ter sido feitas com a alíquota interna do Estado de origem.

Copia o artigo 352-A, §3º, incisos I e II, do RICMS/BA, que tratam de ICMS devido por antecipação parcial por contribuinte inscrito na condição de “especial”, e contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Diz que o sujeito passivo não poderia utilizar a sua inscrição estadual para adquirir, como consumidor final, mercadorias utilizando a alíquota interestadual, e que deveria instruir seus fornecedores para destacarem o imposto aplicando a alíquota “cheia”, ou seja, a alíquota interna do Estado de origem. Que se a alíquota interestadual é utilizada, disto se presume que são adquiridas para comercialização, incidindo a “antecipação”. Afirma que o contribuinte recolheu o ICMS devido por antecipação parcial referente a algumas notas fiscais, conforme documentos que anexa ao processo, indicados como “docs. 27 a 31”.

Relata que o contribuinte argüi decadência, mas que foi intimado em 10/11/2010, conforme “doc. 07” dos autos, para a apresentar livros e documentos. Que houve várias tentativas, por telefone, para que o contribuinte comparecesse à INFRAZ, sem êxito. Que o Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2010. Que o contribuinte não apresentou fato, prova, ou argumento, suficiente para elidir a imputação.

Conclui pedindo pela declaração de procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, assinalo que o autuado suscitou a decadência dos fatos geradores objeto da autuação em relação ao exercício de 2005, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 2005 a 2008, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/2005 a 31/12/2008 e só seriam desconstituídos, em relação ao exercício de 2005, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2011. Rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 14/12/2010, tendo sido realizados atos preparatórios indispensáveis à constituição do lançamento a partir da data de 10/11/2010, consoante intimação para apresentação de documentos fiscais à fl. 07.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa e pronunciado-se inclusive quanto ao mérito da imputação.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Porém ressalto, quanto ao instituto da antecipação parcial, que o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 3426, negou a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96, que criou a antecipação parcial do imposto para empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa.

Arguições de nulidade rejeitadas.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2010 e exige ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$49.114,20, acrescido da multa de 60%, referente a aquisições de mercadorias

em outras Unidades da Federação, no período de janeiro/2005 a dezembro/2008. Por oportuno, assinalo que o Auto de Infração não atinge fato gerador ocorrido em 2009, ao contrário do que afirma o autuado, tendo sido citada a data de 09/01/2009 como data de vencimento, e não como data de ocorrência, no Auto de Infração. Tal vencimento, como termo final do prazo de apuração mensal do imposto, refere-se à data de ocorrência de 31/12/2008.

O instituto da antecipação parcial, espécie da antecipação tributária em que não ocorre a substituição do sujeito passivo, e nem fica encerrada a fase de tributação quando do pagamento antecipado do imposto, foi instituído em 29/12/2003 com a inserção do artigo 12-A na Lei nº 7.014/96.

No Regulamento do ICMS/BA o instituto da antecipação parcial está previsto no artigo 352-A, acrescentado a este Regulamento pelo Decreto nº 8.969/04.

Prevê o RICMS/BA:

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.

(...)

§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. (Redação com efeitos a partir de 21/09/2005)*

§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. (Redação original, com efeitos de 29/07/2004 até 20/09/2005)

(grifos nossos)

Por conseguinte, durante todo o período objeto da ação fiscal, janeiro/2005 a dezembro/2008, o fato de o sujeito passivo estar inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado na condição de “especial” não é óbice à sua obrigação de pagar imposto em razão de antecipação parcial. Uma vez que o imposto foi destacado nos documentos fiscais com aplicação de alíquota interestadual, configura-se a hipótese normativa e é devido o imposto por antecipação parcial.

Assinalo, ainda, que o fato de o contribuinte encontrar-se à época, conforme assevera o autuante, na condição de contribuinte com inscrição “especial”, não impede que o mesmo pratique operações sobre as quais incida o ICMS. E o contribuinte tanto assim reconhece, que recolhe este imposto em razão de operações que pratica, e que estão neste campo de incidência, conforme Relações de DAEs emitidas pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, relativos a recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial de descredenciados

e a recolhimentos de ICMS sob outros códigos de receita, com a inscrição estadual do contribuinte, acostadas pelo Fisco ao Auto de Infração.

Ressalto que no presente Auto de Infração não se trata de exigência de diferença de alíquota em razão de aquisição de ativo fixo, nem de bem de uso, ou de consumo, pelo que descabem as alegações defensivas a respeito.

Compulsando os autos observo que algumas das mercadorias adquiridas, a exemplo de azeite, bacalhau, televisores, reprodutores de mídia CD/DVD, aparelhos de informática, câmeras digitais de fotos, câmeras de vídeo, rádios, pára-raios, não guardam relação exclusiva com a prestação de serviços de construção, terraplenagem, ou seja, prestação de serviços de engenharia e de construção civil.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **157065.0013/10-5**, lavrado contra **CONSTRUTERRA CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.114,20**, acrescido da multa no percentual de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR