

A. I. Nº - 206915.0002/11-2
AUTUADO - HIDROGEO PERFURAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 08.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-02/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OUTROS ESTADOS POR CONTRIBUINTE INSCRITO NA BAHIA NA CONDIÇÃO DE “CONTRIBUINTE ESPECIAL”, COM DESTAQUE DO IMPOSTO NOS DOCUMENTOS PELA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Embora a incidência da chamada “antecipação parcial” seja prevista, de acordo com a lei, para as aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos termos do “caput” do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, o RICMS, no art. 352-A, § 3º, estendeu o âmbito de aplicação da norma, estabelecendo que, para os efeitos daquele artigo, também são consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na “condição de especial”. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2011, exige imposto no valor de R\$36.760,76, acrescido da multa de 60% por deixar o sujeito passivo de efetuar o recolhimento do ICMS na antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no valor de R\$36.760,76.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação, às fls. 113 a 116 dos autos, arguindo que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica basicamente a construção e perfuração de poços de petróleo, conforme se verifica da constituição do objeto constante em seu contrato social. Adquire mercadorias para uso e consumo próprio, ou seja, destinado a aplicação nas obras por esta realizadas. Assegura que em nenhum momento põe os produtos no mercado, o que caracterizaria a circulação de mercadoria.

Faz referencia ao art. 2º de Lei Complementar 87/96 e a definição de mercadorias pelo prof. Hugo de Brito Machado.

Considera que a compra de materiais ou produtos para construção civil, em outros Estados, por parte das Construtoras para serem usados na própria obra, como ocorrido no caso em epígrafe, não configura circulação de mercadoria, por conseguinte, não observando também a ocorrência do fato gerador do tributo.

Alinha que o artigo 155, §2º, inciso VII alínea "a", da Constituição Federal prevê que é devida a cobrança do ICMS em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a

consumidor final localizado em outro Estado, adotando-se a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte desse imposto.

Assegura não ser devida a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS por parte do Estado da Bahia, sobre as operações interestaduais efetuadas por empresas de construção civil para a aquisição de produtos sem objetivo de comercialização, citando, mais uma vez, o jurista Hugo de Brito Machado, ao discorrer sobre o assunto em um dos seus trabalhos.

Apresenta decisões do STJ, a cerca do julgamento de Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança (1997/0016315-6), publicado no DJ em 05/06/2000, através do relator MIN. Paulo Gallottl.

O Superior Tribunal de Justiça. RESP 226685/PR; Recurso Especial, Relator (a) Min. Garcia Vieira (1082) data da decisão 04/04/2000 Órgão Julgador T1 - Primeira Turma (G.N.). Supremo Tribunal Federal em AG. REG. Em Ag. de Inst. ou de Petição Relator Ministro Marco Aurélio Publicação DJ DATA-17-03-00 Julgamento 16/10/1999 - Segunda Turma.

Conclui que, em linhas pretéritas, é indelével o direito da impetrante de não pagar a diferença da alíquota de ICMS cobrada pelo Estado da Bahia, quando da entrada de produtos e materiais adquiridos em outros Estados da Federação.

Pede o acolhimento da presente impugnação, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

O autuante, às fls. 137 e 138 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que o contribuinte adquiriu, em outras unidades da Federação, diversas mercadorias a serem utilizadas na prestação de serviço, sem ter efetuado a Antecipação Parcial do ICMS, resultante da aplicação da alíquota interna do ICMS (17%) sobre a base de cálculo constante na nota fiscal, abatendo do débito devido o crédito fiscal pela(s) alíquota(s) interestaduais (7% ou 12%), conforme planilha Demonstrativo da Falta de Recolhimento do ICMS devido por Antecipação e as cópias ou vias das referidas notas fiscais, anexas a este auto.”, com o consequente enquadramento de sua ação nos artigos: 61, inc. IX; 125, inc. II, parágrafos 7º e 8º; e, 352-A, todos do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. Nº 6.284/97. Portanto, no auto de infração discutido não consta qualquer lançamento referente à cobrança de Diferença de Alíquotas pelas compras em outras unidades da Federação pelo autuado de mercadorias para o seu uso/consumo, como alega o contribuinte na sua peça de defesa.

Ratifica o lançamento efetuado no auto de infração discutido e aponta o Acórdão JF nº 0068-03/11 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Pelos motivos, acima expostos, requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para reclamar a falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias.

Verifico que o autuado alinha seus argumentos como se a exigência fosse relativa à diferença entre alíquotas, quando na verdade se esta reclamando a antecipação parcial. A *diferença de alíquotas* tem sua matriz na Constituição, cujo art. 155, § 2º, inciso VIII, combinado com o inciso VII, “a”, prevê que, nas operações e prestações interestaduais com bens e serviços destinados ao consumidor final, a alíquota aplicável é a interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto, cabendo ao Estado da localização do destinatário o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. A aludida diferença de alíquotas é devida nas operações e prestações interestaduais em que os bens ou serviços sejam destinados a uso, consumo ou ativo permanente, e desde que, cumulativamente, tanto o remetente quanto o destinatário sejam contribuintes do imposto, tomando-se o termo “contribuinte” em seu sentido próprio, como sendo a pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Já a mencionada *antecipação parcial*, alvo do presente lançamento de ofício, de acordo com o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incide nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a

comercialização, é cobrada nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, sem MVA, e não fica encerrada a fase de tributação. No presente caso o que se exige é uma parcela do imposto que será integralmente recolhido no momento próprio da saída subsequente da mercadoria, cabendo a exigência do imposto ao sujeito passivo direto, tanto relativo à parcela antecipada quanto em sua integralidade.

As diferenças na apuração do imposto nas duas modalidades são evidentes, pois o cálculo da diferença de alíquotas é realizado aplicando-se sobre o valor da operação ou prestação o percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna deste Estado e a alíquota interestadual do Estado de origem, o cálculo da antecipação parcial é feito mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação (débito), se deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (crédito).

Conforme voto proferido no Acórdão JJF Nº 0068-03/11: *“Embora a incidência da antecipação parcial seja prevista, de acordo com a lei, para as aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos termos do “caput” do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, o RICMS, no art. 352-A, § 3º, estendeu o âmbito de aplicação da norma, estabelecendo que, para os efeitos daquele artigo, também são consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na “condição de especial” e por contribuintes que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao ISS.”*

Os fatos alinhados na presente lide se ajustam ao acima disposto, pois as Notas Fiscais em questão, relativas às aquisições de mercadorias do sujeito passivo, tiveram destacado o imposto com adoção da alíquota interestadual, estando o destinatário inscrito neste Estado na condição de “contribuinte especial”. Assim, não havendo contestação quanto a estas questões, o fato subsume-se à previsão do § 3º do art. 352-A do RICMS.

É importante destacar que em relação às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, não lhe compete decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA, bem as decisões dos tribunais trazidas pelo autuado se referem à diferença de alíquota.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206915.0002/11-2**, lavrado contra **HIDROGEO PERFURAÇÕES LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.760,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA