

PROCESSO - A. I. Nº 130070.0005/10-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0222-04/11
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência do ICMS devido por antecipação parcial só pode ser efetivada se as mercadorias adquiridas se destinarem a posterior comercialização, fato não comprovado. Caracterizada a improcedência da imputação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 130070.0005/10-7, lavrado em 21/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$136.162,97, a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e destinadas a comercialização, no período de 04/2005 a 12/2009.

O Fisco acosta, às fls. 09 e seguintes, documentos que consistem em espelho de página do site de consulta pública ao cadastro do contribuinte neste Estado, demonstrativo do levantamento fiscal realizado, vias de notas fiscais oriundas do sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 274 a 292 em síntese, dentre outros aspectos, esclarecendo que exerce atividade de perfuração, restauração, estimulação, pescaria, abandono de poços petrolíferos, assistência técnica, navegação de apoio portuário e serviços técnicos com essa atividade, mediante contrato com a PETROBRÁS e outras entidades. Afirma que as atividades exercidas integram a lista de serviços da Lei Complementar nº 116/03 e que devido à natureza dos serviços prestados é obrigado a se inscrever no cadastro de contribuintes do ICMS na condição de contribuinte especial, e que na condição de prestador de serviços não tem obrigação de pagar esta modalidade do imposto.

O autuante presta informação fiscal às fls. 300 a 302 mantendo a autuação, em suma expando que o sujeito passivo exerce atividade de apoio à extração de petróleo e gás estando inscrito no cadastro de contribuintes do Estado na condição de Especial. Ressalta que o ICMS exigido tem como fundamento o art. 352-A, §3º, I do RICMS/BA. Afirma que 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 Natureza – ISS, estão sujeitas ao pagamento da antecipação parcial prevista no inciso I do §3º do artigo 352-A, do RICMS/BA.

O julgamento unânime em Primeira Instância declarou Improcedente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0222-04/11, às fls. 304 a 306. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O autuado suscitou a nulidade sob o argumento de que foi indicado enquadramento genérico dificultando o exercício do direito de defesa. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos

fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Suscitou também a nulidade sob alegação de que a capitulação da infração está fundamentada em dispositivos regulamentares e não em lei ofendendo o princípio da tipicidade tributária. Também não pode ser acolhida a nulidade pretendida visto que o art. 19 do RPAF/BA prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No mérito o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, tendo o autuado contestado que exerce atividade de apoio a perfuração de poços, atividade cujos serviços prestados estão inseridos no campo de incidência do ISSQN, o que foi contestado pelo autuante afirmando que há incidência do ICMS antecipação parcial nas operações de aquisição interestadual de mercadorias em que o remetente destacou alíquota interestadual (art. 352-A, §3º do RICMS/BA).

Verifico que na cópia espelho da consulta pública ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia juntada pelo autuante à fl. 9, o estabelecimento autuado está inscrito com atividade econômica de apoio à extração de petróleo e gás com indicação de regime de apuração como “NÃO CONTRIBUINTE”.

As vias das notas fiscais objeto da autuação acostadas às fls. 24/268 consignam aquisições de materiais de uso e consumo e ativo imobilizado (a exemplo de luvas, cadeiras, balança, etc.), bem como materiais utilizados na prestação de serviços (a exemplo de comando hidráulico, mola, óleo, mordente, junta, rolamento, suporte, arruela, anel, trava, engrenagem, etc.).

Pelo exposto, restou comprovado que o estabelecimento autuado exerce apenas atividades de apoio à extração de petróleo e gás, típica de contribuinte do ISSQN, e não contribuinte de ICMS, posto não desenvolver qualquer atividade de comércio ou mercancia.

O art. 352-A do RICMS/BA, com respaldo no art. 12-A da Lei nº. 7.014/96 prevê a exigência da antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Sendo assim, a antecipação parcial só pode incidir se restar comprovado que as mercadorias adquiridas foram destinadas à comercialização.

Ressalte-se que a sistemática do instituto da antecipação parcial não encerra a fase de tributação do ICMS, e uma vez pago enseja utilização de um crédito a ser compensado numa fase de tributação posterior. Na situação presente, realizando operações inseridas no campo de incidência do ISSQN, não é razoável impor o pagamento do ICMS antecipação parcial, tendo em vista que não faz uso de crédito fiscal e nem gera débito de ICMS para compensar o imposto ora exigido.

Como exposto no Acórdão CJP 155-11/09, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS no sentido de que, o “quanto previsto no parágrafo 3º do artigo 352-A do RICMS/BA, quando prevê que também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no CAD-ICMS na condição de especial, deve ser interpretado em consonância com o caput do citado artigo, o qual determina que ‘Ocorre à antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização...’.”.

Como o próprio autuante admitiu que o estabelecimento autuado está inscrito no cadastro de contribuintes na condição de especial e não ficou provado nos autos de que os produtos adquiridos constituem mercadorias objeto de revenda por parte da empresa, descabe a exigência fiscal do ICMS antecipação parcial, pois se trata de aquisições de bens e materiais utilizados na atividade de prestação de serviço de apoio na extração de petróleo e gás mediante contratos firmados com a PETROBRÁS, tributada pelo ISSQN, consoante Contrato Social às fls. 294 a 296.

Saliento ainda que pela análise da operação mercantil objeto da autuação e dos diversos elementos que integram a regra-matriz do ICMS e da antecipação parcial, constato que em se tratando de operação de aquisição interestadual por não contribuinte do imposto, deve incidir a alíquota interna prevista no art. 155, VII, “b” da Constituição Federal, cujo valor não pago (diferença entre a alíquota interna e interestadual) é devido ao estado onde está situado o remetente das mercadorias, e não ao Estado destinatário, no caso em tela, a Bahia.

Por fim, convém ressaltar que esta Decisão tem respaldo em precedentes de julgados na segunda instância deste Conselho a exemplo dos Acórdãos CJP 155-11/09; CJP 142-11/09; CJP 410-11/08; CJP 124-11/07 e CJP 082-11/07.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A Junta recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

Tal como exposto no didático e objetivo voto do ilustre Relator de primeiro grau, verifico, ao compulsar os autos deste processo, em especial o documento de fl. 09, acostado pelo Fisco, que o contribuinte de fato estava inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado, à época da ação fiscal, na condição de não contribuinte do ICMS tendo ainda, como atividade econômica, a de apoio à extração de petróleo e gás.

Observo, também, que as vias das notas fiscais objeto da autuação, acostadas pelo Fisco às fls. 24 a 268, descrevem operações de aquisição de materiais cujas características, em confronto com as atividades da empresa, denunciam que se trata de material de uso e consumo, e de bens do ativo imobilizado, além de materiais utilizados na prestação de serviços, portanto não guardando correlação com a atividade de revenda de mercadorias.

Determina o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 que será exigida antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Não se tratando, portanto, de aquisição para esta finalidade, não ocorre o fato gerador da tributação e, tal como também já dito na Decisão *a quo*, este é o posicionamento que vem sendo esposado por este contencioso administrativo, acerca desta questão.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130070.0005/10-7**, lavrado contra **PERBRÁS – EMPRESA BRASILEIRA DE PERFURAÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS