

A. I. Nº - 232903.0109/12-2  
AUTUADO - CUNHA LOPES CONSTRUTORA LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS  
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET 24.04.2013

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0078-04/13

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Trata-se de empresa de construção civil, que não pratica a circulação de mercadorias, portanto não está sujeita ao pagamento da antecipação parcial, visto que não se trata de mercadorias para revenda. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2012, exige ICMS no valor de R\$14.597,54, através da seguinte infração: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização com base no art. 352-A, § 3º do RICMS e Parecer DITRI nº 13257/2008, conforme demonstrativo em anexo”* - Multa de 60%;

O autuado apresentou defesa de fls.42 a 47, e impugna a autuação haja vista que os *produtos não foram adquiridos para comercialização, tendo em vista que tais itens foram destinados para uso na PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS e LOCAÇÃO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS para terraplanagem conforme ramo de atividade da autuada*”.

Cita o Art. 352-A paragra. 3º do RICMS e grifa destaque no texto, *“contribuintes na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto de Serviços de Qualquer Natureza - ISS”*.

Explica que ao ler o texto entende-se que o contribuinte do ICMS na condição de normal que exerce atividade de comercio concomitante a de serviço, ou seja, atividade mista, deve, nas aquisições interestaduais recolher a antecipação parcial, porém a empresa em questão não é contribuinte do icms e não exerce atividade mista de comércio e serviços, sendo apenas prestador de serviços, havendo uma controvérsia no entendimento do FISCO.

Frisa que o Parecer DITRI 13257/2008 de 25.07.2008, é o entendimento do FISCO em relação ao imposto ANTECIPAÇÃO PARCIAL, realizado por uma empresa inscrita na condição de especial na SEFAZ/BA, que diz: *“Da análise do dispositivo supra, conclui-se que o elemento essencial para a incidência da antecipação parcial é a aquisição interestadual com o intuito de revenda posterior; e sua cobrança efetuadas por pessoas jurídicas inscritas na condição de especial, justifica-se apenas nos casos em que as aquisições ocorrem com a aplicação de alíquota interestadual, o que indica que as mercadorias se destinam à comercialização.”*

Portanto, afirma que a empresa **não está** inscrita na SEFAZ/BA na condição de especial, bem como não é contribuinte do ICMS, a inscrição estadual desta empresa foi solicitada principalmente para poder efetuar a transferência de bens (simples remessa de prestação de serviços), sem a necessidade de sempre ir a repartição fiscal para emitir nota fiscal avulsa, assim agilizando seus contratos e economizando tempo de seus funcionários e servidores públicos.

Outro ponto a se discutir é o que nos alerta no próprio Parecer DITRI 13257/2008 de que não existe cobrança de ICMS antecipação parcial de mercadorias e bens adquiridos de fornecedores optantes pelo simples nacional, o que o ilustre Auditor não levou em consideração cobrando a alíquota de

17% sobre tais produtos relacionados nas notas fiscais, conforme demonstrativo de calculo em anexo.

Pontua que no texto do Parecer da DITRI 13257/2008 de 25.07.2008 diz: *“No caso de aquisições interestaduais de mercadorias de fornecedor optante do Simples Nacional, isso não ocorrerá, tendo em vista que tais fornecedores emitem a Nota Fiscal com fundo negativo relativamente ao campo ICMS, não havendo que se falar de aplicação de alíquota interestadual, e por conseguinte, em presunção de intuito comercial, encontrando-se, assim, ausente da operação o requisito essencial para incidência da **antecipação parcial**, SENDO INDEVIDA A SUA COBRANÇA.”*

Salienta que a maior razão que o leva a pedir **justiça** é que o próprio regulamento do ICMS e parecer fiscal assinado por ilustres tributaristas do estado esclarece que não existe a incidência de ICMS antecipação parcial sobre as operações efetuadas por esta empresa, mesmo assim foi feito a cobrança do imposto em questão, que não existe para sua empresa, exclusivamente prestadora de serviços, que adquire somente insumos para empregar na execução dos serviços prestados a terceiros.

Solicita que o Auto de Infração seja Nulo, por cobrar débitos inexistentes.

O autuante presta informação fiscal, fls.93 a 96, de logo, informa que o contribuinte adquiriu produtos e bens em operações interestaduais, tendo o imposto sido calculado e destacado pela alíquota interestadual. Que a empresa encontra-se cadastrado no sistema da SEFAZ, na condição de Contribuinte Normal.

Frisa que a infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, sendo caracterizados tais produtos, para fins de comercialização, com base no § 3º do art. 352-A do RICMS.

Destaca que diversos parágrafos do Parecer DITRI nº 13257/2008, anexado às fls. 55 e 56, destaques estes, que não correspondem à realidade da empresa nem ao imposto apurado pelo autuante na referida infração.

Explica que o citado Parecer ratifica o entendimento da fiscalização, quando este esclarece que *“...nas aquisições interestaduais de mercadorias de fornecedores sujeitos ao regime normal de tributação, deverá solicitar a aplicação da alíquota cheia. Se o imposto destacado na Nota Fiscal de aquisição tiver sido calculado pela alíquota interestadual, será considerado que as mercadorias se destinam à comercialização, nesse caso, deverá o consulente efetuar o pagamento da antecipação parcial.”*

Quanto às mercadorias adquiridos de fornecedores optantes pelo simples nacional, concorda com a defesa, como sendo indevida a cobrança do referido imposto, referente às operações de aquisições, conforme Notas Fiscais, anexadas pela defesa, às fls. 58 a 63. Diante dessa constatação, procede à exclusão de tais operações, reduzindo o valor apurado do imposto, no valor de R\$ 455,82, passando assim, a infração do total de R\$ 14.597,54 para R\$ 14.141,72, conforme Demonstrativo de Débito Revisado, em anexo, fls. 95 a 96.

Assim, diante do exposto, solicita a revisão do presente Auto de Infração, pois quanto ao ajuste acima descritos, passa o referido Auto de R\$14.597,54 para R\$ 14.141,72.

O autuado ciente da informação fiscal não se manifestou. (AR fl.99).

## VOTO

No presente Auto de Infração está sendo exigido ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme demonstrativo de fl. 7 e 8, e cópias das notas fiscais de fls. 9 a 39 do PAF.

A antecipação parcial está relacionada com as aquisições de mercadorias interestaduais destinadas à revenda.

As mercadorias que sejam utilizadas na prestação de serviços sem incidência do ICMS não estão sujeitas ao pagamento da antecipação parcial.

Outrossim, o ICMS tem seu campo de incidência voltado especialmente às operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços de transporte e de comunicação.

Também está no campo de incidência do ICMS o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, não compreendidos na competência tributária dos municípios, e aqueles compreendidos, mas que, por indicação expressa de lei complementar, sujeitam-se à incidência do ICMS.

Na presente situação, o sujeito passivo, embora inscrito no cadastro estadual, na condição de normal, realiza atividades previstas no item 72 da Lista de Serviços.

Ressalto que o fato de se encontrar inscrito no cadastro estadual não transforma a sociedade empresarial em contribuinte do ICMS, assim, como, analogamente, pelo fato de uma pessoa física não inscrita no cadastro do ICMS, que habitualmente comercialize mercadorias está sujeita ao pagamento do ICMS, pois com tal prática comercial faz incidir a hipótese de incidência tributária com o consequente fato gerador do ICMS.

Corroborando com esta análise, somente deve se inscrever na condição de contribuinte normal, empresa de pequeno porte ou microempresa, sempre que realizar, com habitualidade, operações sujeitas ao ICMS, nos termos do inciso IX do art. 2º do RICMS.

A Lei nº 7.014/96, no art. 1º traz as hipóteses de incidência do ICMS, e enumera nos seus incisos, taxativamente, que este imposto tem como fatos geradores: primeiro, a realização de operações relativas à circulação de mercadorias; segundo a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e em terceiro a prestação de serviços de comunicação.

O art. 2º II, da mesma norma legal, comanda que o ICMS incide sobre o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios e os sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Da mesma forma, o RICMS/BA, na Seção I, do Cap. XXXVIII, traça o quadro “Das empresas de Construção Civil”, e no art. 540 dispõe: “*Considera-se empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste Regulamento, toda pessoa física ou jurídica que **executar obras de construção civil, efetuando a circulação de mercadorias** em seu próprio nome ou no de terceiro*”. (Grifo nosso)

Na presente situação, não restou demonstrado que o autuado ao executar obras de construção civil efetua a circulação de mercadorias.

Ademais, consoante o § 1º do art. 543, daquele diploma regulamentar, a empresa de construção civil fica obrigada à inscrição no cadastro estadual e ao cumprimento das demais obrigações previstas no Regulamento do ICMS, **quando realizar com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS**.

Também o art. 542 enumera a não incidência do ICMS nas situações que especifica, e o art. 543, dispõe quando a empresa de construção civil deve se inscrever no Cadastro de Contribuintes do ICMS, antes de iniciar suas atividades, na condição de contribuinte normal, sempre que realizar com habitualidade, operações sujeitas ao ICMS, e opcionalmente, na condição de contribuinte especial, tratando-se de empresa que se dedique, unicamente à prestação de serviços em obras de construção civil mediante contrato de administração, fiscalização, empreitada ou sub-empreitada, sem fornecimento de materiais ou apenas com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros.

Por último, o § 2º do art. 543 excepciona os canteiros de obras da obrigação de inscrição no cadastro de contribuintes, mesmo para a empresa de construção civil enquadrada como contribuinte do ICMS.

Na presente lide, verifico que as notas fiscais objeto da infração, cujas cópias estão anexas, fls. 9 a 39, em grande número possuem a indicação de que os materiais nelas constante se destinam a “reforma de escola”, “Estancia Ville”, “usado no condomínio área de lazer”, o que denota que são materiais adquiridos para emprego nas obras, tais como; vergalhões, tubos, divisórias, eletrodo, telhas, cantoneiras, etc.

Desse modo, nos autos não ficou demonstrado que a empresa autuada, embora inscrita no cadastro na condição de normal pratique com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, mas a contrário, os argumentos defensivos são no sentido de que não é contribuinte do ICMS, o que pode ser comprovado por meio da sua atividade empresarial, quando executa obras de construção civil. Nesse caso, não adquiriu mercadorias para comercialização, como versa a acusação neste Auto de Infração. Por estes motivos, julgo improcedente a infração.

No mesmo sentido destaco o entendimento manifestado no Acórdão CJF nº 0124-11/07.

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 **232903.0109/12-2**, lavrado contra **CUNHA LOPES CONSTRUTORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR