

A. I. N° - 140785.0913/14-2
AUTUADO - BRASITEST LTDA
AUTUANTE - ADEMAR SIMÕES AZEVEDO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 11.03.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-05/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. O simples fato de se adquirir mercadorias com aplicação de alíquota interestadual já submete o contribuinte aos termos do parágrafo 3º do art. 352-A do RICMS, que considera para fins de comercialização tais aquisições. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 30/06/2014, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$9.379,66 acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial.

O impugnante apresenta defesa à fls. 13/16, quando diz que a atividade de comercialização não integra o rol de atividades objeto da sociedade e que não é contribuinte do ICMS, pois é apenas um prestador de serviços nas áreas de inspeção visual de soldas, pinturas de equipamentos, recuperação de tubos, etc, conforme contrato social anexo, fl. 27.

O autuante apresentou informação fiscal fls. 36, e diz que o fato do contribuinte alegar em sua defesa, que não é contribuinte do ICMS não se justifica visto que requereu inscrição Estadual de contribuintes deste imposto.

Que assim procedendo, tendo a inscrição estadual, a mesma tirava proveito em comprar mercadorias em outros Estados da Federação com aplicação de alíquota interestadual, conseguindo desta maneira, preços menores que seus concorrentes, desequilibrando a concorrência.

Desta maneira o Estado estabeleceu no regulamento do ICMS no seu Art. 61, inciso IX, art. 125, inciso II parágrafos 7º e 8º e Art. 352-A do Decreto 6.284/97, que as empresas que possuem inscrição Especial, que adquirissem mercadorias em outros Estados com aplicação de alíquota interestadual, é a responsável pelo recolhimento da antecipação parcial.

Que o levantamento ratifica a compra de tintas, soldas e outros materiais que eram aplicados aos seus serviços e cobrados dos seus clientes. Como não pode se considerar, como comercialização a cobrança desses materiais? Se assim o Estado procedesse, estaria corroborando com a prática de o contribuinte aproveitar-se dessa situação e tirar proveito diante dos outros concorrentes e do Estado.

Pugna pelo provimento do presente Auto de Infração, como forma de cumprir a Lei, eliminar o desequilíbrio da concorrência e fazer justiça.

VOTO

Trata-se de cobrança de antecipação parcial sobre a compras de mercadorias por empresa que exerce atividade mista, sujeita ao ISS e ao ICMS, conforme pode ser provado em simples consulta ao sistema de arrecadação da SEFAZ/BA, em que aparecem valores do ICMS recolhido nos últimos exercícios.

Em princípio, uma empresa que exerce dupla atividade, pode adquirir uma mesma mercadoria para aplicação em serviços, assim como para revenda, em que claramente incide o ICMS. Não está provado no processo que as mercadorias adquiridas tenham sido efetivamente revendidas. No entanto, em caso de serviços com fornecimento da mercadoria, a lista da LC 116/03 diz quais são os serviços que incidem exclusivamente o ISS.

Não logrou o impugnante trazer comprovação de que a sua prestação de serviços está desvinculada do emprego das mercadorias adquiridas, nem que o fornecimento destas mercadorias constem na lista da LC 116/03 como sendo exclusivamente da incidência do ISS.

Ademais, se um contribuinte do ISS e também do ICMS adquire mercadorias em outros estados da Federação, sem intuito de comercializá-lo, deve fazê-lo como consumidor final, ou seja, com a alíquota interna do estado de origem. A aplicação da alíquota interestadual é prerrogativa das operações que envolvem o ICMS e assim, ao adquirir tais mercadorias com alíquota interestadual, está o adquirente caracterizando a sua intenção, seja para revenda, seja para aplicação do material em serviço que está sob a incidência do imposto estadual.

Não pode o contribuinte ao adquirir a mercadoria alegar ser inscrito no cadastro do ICMS com o fim de obter a vantagem da alíquota pertinente a este imposto, e depois se furtar ao pagamento do tributo devido, alegando ser contribuinte do ISS. Para que não paire quaisquer dúvidas sobre a incidência do imposto em empresas com atividade submetidas tanto ao imposto municipal, quanto o estadual, vejamos a leitura do art. 352-A do RICMS/BA 97:

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:

II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Os recolhimentos do ICMS que podem ser comprovados mediante simples consulta no sistema INC da SEFAZ, atestam a existência de atividade mista, enquadrando-se no inciso II do artigo acima citado. Além disso o simples fato de se adquirir mercadorias com aplicação de alíquota interestadual já submete o contribuinte aos termos do parágrafo 3º do art. 352-A do RICMS, que considera para fins de comercialização tais aquisições.

A este respeito, os pareceres da Diretoria de Tributação - DITRI acerca do assunto, apontam no sentido da interpretação literal do disposto no supracitado artigo, conforme podemos verificar das transcrições abaixo:

PARECER Nº 20138/2010.

ICMS. AS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CUJO IMPOSTO TENHA SIDO CALCULADO PELA ALÍQUOTA INTERESTADUAL PROMOVIDAS POR PESSOAS JURÍDICAS CADASTRADAS NA CONDIÇÃO DE ESPECIAL SERÃO CONSIDERADAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO E SUJEITAS À INCIDÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. INTERPRETAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO RICMS/BA, ARTIGO 352-A, § 3º.

PARECER Nº 13257/2008.

ICMS. A COBRANÇA DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS POR PESSOAS JURÍDICAS INSCRITAS NO CADASTRO DO ICMS NA CONDIÇÃO DE ESPECIAL SE JUSTIFICA APENAS PELA PRESUNÇÃO DO INTUITO DE REVENDA POSTERIOR EM FACE DA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL PELO FORNECEDOR. INTELIGÊNCIA DO RICMS/BA, 352-A, § 3º.

PARECER Nº 18465/2008.

ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADQUIRENTE NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO INSCRITO COMO ESPECIAL. OPERAÇÕES EFETUADAS POR FORNECEDOR OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. ARTIGO 2º § 2º DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 10, DE 28/06/07 C/C ARTIGO 352-A, § 3º, INCISO I, DO RICMS/BA.

PARECER Nº 14754/2009.

ICMS. SÃO CONSIDERADAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO AS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CUJO IMPOSTO TENHA SIDO CALCULADO COM APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL, EFETUADAS POR CONTRIBUINTE QUE DESENVOLVA ATIVIDADE SUJEITA AO ICMS E AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. DISCIPLINA DO ARTIGO 352-A, § 3º, INCISO II, DO RICMS/BA.

Face ao exposto, considero voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº**140785.0913/14-2** lavrado contra **BRASITEST LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$9.379,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2015

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO- JULGADOR