

A. I. Nº - 206915.0007/14-9
AUTUADO - BRASERV PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 14.05.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0065-02/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. **a)** Não tendo sido provado que a autuada desenvolve outra atividade sujeita ao ICMS, as suas aquisições interestaduais devem ser tributadas à alíquota de 3%, nos termos do Regime Tributário Simplificado, previsto no art. 484 e seguintes do RICMS/12. Assim, não pode o autuante exigir da empresa prestadora de serviços a diferença entre a alíquota interestadual e a interna, pois estaria, ao assim agir, ignorando o Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA. Infração elidida. **b)** O demonstrativo de débito acostado ao processo pelo autuante evidencia que as aquisições interestaduais de mercadorias, feitas pela impugnante no período, foram tributadas à alíquota de 7% ou 12%, conforme a origem, o que evidencia que a empresa Braserv Petróleo Ltda. não somente estava cadastrada como contribuinte, mas assim também era tratada pelos seus fornecedores, o que lhe resultava em benefícios tributários. Assim, não pode a autuada gozar de tratamento privilegiado em relação às demais empresas contribuintes do Estado da Bahia, que pagam a parcela do imposto resultante da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/09/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$323.745,56, além da multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 06.01.01: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”, nos meses novembro de 2012 a dezembro de 2013. Valor do ICMS: R\$251.668,28. Multa proposta de 60%;

INFRAÇÃO 2 – 06.01.01: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2010, fevereiro e março, maio a setembro, e novembro a dezembro de 2011, e janeiro a outubro de 2012. Valor do ICMS: R\$72.077,28. Multa proposta de 60%;

A autuada apresenta impugnação às folhas 72 a 105, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Preliminarmente, suscita nulidade do auto de infração ao argumento de que o Parecer nº 25791/2012, da lavra da SEFAZ/BA, deferiu o enquadramento da BRASERV no tratamento simplificado de tributação de que tratam os artigos 484 e seguintes do RICMS/2012. Em decorrência do parecer aludido, informa que, nos anos subseqüentes, passou a aplicar o

percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens para integrar o seu ativo fixo.

Frisa que, à época, não foi feita qualquer ressalva quanto ao enquadramento da BRASERV e à adequação destes dispositivos ao exercício de uma de suas atividades, qual seja montagem de estrutura metálica.

Argumenta que o parecer citado possui a natureza de um ato administrativo, pois nele estão configuradas precisamente as características que definem o seu conceito, em conformidade com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual descreve. Prossegue em seu esforço persuasivo, afirmando que o ato administrativo, exarado na forma de um parecer, é um ato perfeito (posto que completou o ciclo necessário à sua formação), válido (uma vez que foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo) e eficaz (tendo em vista que está disponível para a produção de efeitos próprios).

Ressalta, ainda, que a revogação de um ato perfeito, válido e eficaz, seja por oportunidade ou conveniência, deve respeitar os direitos adquiridos e o prazo decadencial de 5 (cinco) anos. Admite que é uma faculdade que possui a administração pública. Contudo, a revogação respeita as situações passadas, tolhendo apenas o seguimento do ato administrativo para o seu futuro, conforme leciona.

Explica que, até o presente momento, não foi cientificada de eventual revogação ou mesmo de qualquer descumprimento do aludido termo. Chama a atenção para o fato de que, nos termos do art. 490, §2º do RICMS, além de emitir o mencionado Parecer, a Gerência de Comércio e Serviços – GECES, após a celebração do termo de acordo, deve acompanhar o seu fiel cumprimento.

Conclui, portanto, que a lavratura do presente auto de infração incorre em nulidade, posto que o ato administrativo que deu ensejo à obtenção dos benefícios usufruídos pela BRASERV no período fiscalizado encontra-se hígido, produzindo regulares efeitos.

Assegura que seria imperiosa a revogação do Parecer nº 25791/2012 e do Termo de Acordo, para fins de produção de efeitos ex nunc. Não poderia, porém, ser punida em decorrência do proferimento de atos administrativos contraditórios, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da proporcionalidade.

Por tais razões, defende que todos os atos administrativos (incluída aí a própria lavratura do auto de infração) proferidos pela administração pública estão eivados de nulidade, motivo pelo qual deve esta autuação ser julgada nula.

Caso venha a ser superada a nulidade acima argüida, destaca, ainda, a ocorrência de nova causa de nulidade do presente auto de infração, qual seja: a ilegitimidade do Estado da Bahia para a exação, nos termos do art. 18, I, do RPAF/BA.

Ensina que, no pólo ativo da relação jurídica obrigacional tributária, principal ou acessória, figura o titular do direito de exigir o cumprimento da obrigação, que é o seu sujeito ativo, conforme estabelece o art. 119 do Código Tributário Nacional. Prossegue, explicando que, por intermédio do Convênio ICMS nº 137/2002, acordaram os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e o Distrito Federal em estabelecer, nas respectivas legislações, em relação à operação que destine mercadorias a empresas de construção civil localizadas em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização.

Explica que foi este convênio que possibilitou a inclusão no RICMS do benefício concedido às empresas de construção civil de que tratam os artigos 484 a 490. Já o art. 485 estabelece que o tratamento simplificado consiste na aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, conforme esclarece.

Alega que, não sendo as atividades abrangidas como pertencentes à seara da construção civil, todos os serviços executados pela Autuada compõem a lista anexa da Lei Complementar 116/2003, especificamente no item 7.217, não podendo, conseqüentemente, ser enquadrada como contribuinte de ICMS, conforme disposição da supracitada lei complementar que determina que ainda que envolva fornecimento de mercadorias a sua prestação não fica sujeita ao ICMS (cf. art. 1º, §2º).

Explica que, apesar de não ser contribuinte do imposto, a BRASERV obteve a inscrição no cadastro estadual, mediante a celebração do Termo de Acordo com a SEFAZ-BA, nos termos do art. 490 do RICMS. Exclusivamente por tal razão, passou o ICMS incidente sobre as aquisições interestaduais ser devido, à alíquota específica de 3% ao Estado da Bahia. Prossegue com o seu raciocínio, alegando que, com a desconsideração, por parte da fiscalização, do Termo de Acordo e do Parecer nº 25791/2012, que exclui a BRASERV do tratamento especial de tributação com efeitos ex-tunc, retornará a impugnante a mera condição de consumidora final das mercadorias ou bens adquiridos para uso ou consumo próprio ou integração ao ativo imobilizado.

Assim, conclui que, desconsiderando-se o acordo eivado pela nulidade suscitada, ao adquirir as mercadorias nas operações que compõe o Auto de Infração ora impugnado a Autuada atuava não como contribuinte de ICMS do Estado da Bahia e sim como consumidora final de mercadorias originadas em outro estado da Federação. Isso porque, explica, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 87/1996, contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.

Pela definição legal acima, afirma restar claro que a BRASERV, uma vez excluída do regime especial de tributação com efeitos ex-tunc, jamais figurou na condição de contribuinte do imposto. Isto porque a Constituição Federal é clara ao estabelecer no art. 155, §2º, VII, “b” que em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.

Desta forma, defende que nas vendas interestaduais diretas a consumidor final, não sendo o destinatário contribuinte do ICMS, a alíquota a ser aplicada em cada operação será aquela afixada para as operações internas de acordo com a legislação do Estado competente para tal exação que, na presente hipótese, são diversos Estados da Federação, não incluído a Bahia, conforme as notas fiscais de aquisição analisadas pela fiscalização e que se encontram listadas nos demonstrativos que instruem o presente Auto de Infração ora contestado.

Sobre o influxo destas informações, conclui não só pela invalidade do auto de infração ora atacado, como também que o pagamento de tal tributo resultaria em enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, já que o mesmo não detém nem titularidade nem competência ativa para sua exigência.

No mérito, alega que, mantido o entendimento de que a empresa não é contribuinte do ICMS, a cobrança não pode prosperar. Primeiro porque legalmente o ato concessório do regime específico no qual foi, por ato administrativo regular, enquadrado como contribuinte não foi revogado. Segundo, conforme já demonstrado com citação de amplo lastro legal, não é o impugnante devedor de qualquer valor ao estado da Bahia, que figura como sujeito passivo incompetente para efetuar a cobrança.

Além do mais, argumenta que a BRASERV teria inclusive direito à repetição de indébito do montante recolhido à alíquota de 3% aos cofres do Estado da Bahia, já que o imposto é devido ao Estado de São Paulo, mediante incidência de sua alíquota interna.

Quanto à infração 2, alega que o imposto cobrado nesta infração é o referente ao diferencial de alíquotas relativo ao período de 05/2011 a 10/2012, período este em que não havia na legislação baiana qualquer norma capaz de transformar um prestador de serviços, corretamente enquadrado nos serviços previstos na Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03, em contribuinte do ICMS.

Argumenta que, mesmo signatário do Convênio ICMS nº 137/2002, que o autorizava, o Estado da Bahia não implantou as normas nele possíveis, mesmo ao arrepio de legislação hierarquicamente superior sobre o tema, na sua legislação.

Para fazer valer “qualquer tipo cobrança” sobre as aquisições efetuadas em outros estados com alíquota reduzida, no Regulamento aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos, ciente da impossibilidade de cobrar o imposto por diferença de alíquotas, constava a previsão de ilegal cobrança do ICMS por antecipação tributária parcial, conforme previsto no § 3º, do artigo 352-A, do regulamento citado, cujo texto reproduz.

Argumenta que a antecipação tributária parcial deve ser cobrada sobre “*entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização*”, conforme preceitua o caput do Artigo 352-A, do RICMS. No caso em lide, alega que: “a) As mercadorias não são endereçadas a contribuinte, porque a BRASERV não desenvolve a conhecida “atividade mista”. É mera prestadora de serviços; b) As mercadorias não ingressaram no estado para fins de comercialização, conforme afirma o próprio representante do fisco, quando identifica as mercadorias como destinadas ao ativo fixo do estabelecimento; c) Possuir inscrição estadual na condição de especial era uma exigência do estado enquanto vigência do dispositivo no RICMS/97, ou seja, até fim do ano de 2011, para que prestadores de serviços pudessem ingressar com mercadorias no território baiano; e d) A única possibilidade legal de tal cobrança, por mais absurda que possa se apresentar, seria na modalidade prevista no artigo citado”. Todavia, entende ser inaplicável ao caso em lide.

Conclui a sua impugnação, afirmando que se pode observar claramente que, segundo o entendimento lógico do fisco, a BRASERV é prestadora de serviços, no período a que se refere a infração contestada, do que decorre que não se evidencia qualquer possibilidade de cobrança do ICMS por diferença de alíquotas ora reclamada.

Por todo o exposto, conclui que a presente infração é improcedente, além de nula por ferir o devido processo legal.

Pelo exposto espera e confia que sejam acolhidas as preliminares de nulidade do presente auto de infração, (i) por conta da ausência de revogação do Parecer nº 25791/2012 que até o presente momento se mantém hígido e produzindo efeitos ou (ii) pela manifesta ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigir o ICMS devido em operações interestaduais a não contribuinte do imposto.

Pleiteia pela improcedência total do citado auto de infração pelos argumentos de fato e de direito apresentados. Nestes termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 107 a 108, tecendo as considerações a seguir.

Explica, inicialmente, que o contribuinte defende a tese da nulidade do presente auto de infração, em virtude da vigência do Parecer nº 25.791/2012, emitido pela SEFAZ-Ba, em 31/10/2010, o que lhe dá o direito de recolher apenas 3% do valor da operação de compra em outras unidades da Federação de mercadorias, material de uso ou consumo e ou bens para integrarem o seu ativo, como prevê o art. 485 do RICMS.

Explica que em nenhum ponto do auto de infração discutido, especialmente quanto à infração 01, nega a existência do referido Parecer, afirmando, muito pelo contrário, já no segundo parágrafo da descrição da referida infração, a existência do mesmo, com todos os dados relevantes para o seu perfeito entendimento, inclusive, com a informação de que se tratava de um Termo de Acordo com Empresa da Construção Civil.

Alega, no entanto, que a informação contida no cadastro de contribuintes na Secretaria da Fazenda indica que o mesmo desenvolve a atividade de Apoio à Extração de Petróleo e Gás Natural, com CNAE 910600, o que, ao entendimento do autuante, em nada se assemelha com as atividades próprias de uma empresa de Construção Civil, conforme declarada pelo contribuinte na busca e concretização do citado Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda.

Informa que ainda na pesquisa por informações e elementos que indicassem a real atividade do contribuinte, encontrou, no endereço eletrônico do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA/BA, extrato anexo ao auto, tendo como objetivo social declarado da empresa as seguintes atividades: “restauração, pescaria, abandono de poços petrolíferos, assistência técnica e serviços relacionados com atividade de óleo e gás, tudo no âmbito da engenharia mecânica”.

Explica que, durante o processo de auditoria fiscal nos livros e documentos fiscais do contribuinte, inquiriu a mesma a apresentar os Alvarás de Construção Civil, documentos necessários de autorização da Prefeitura Municipal onde estão localizadas as supostas obras de construção civil, para que estas possam ser efetuadas, tendo o contribuinte alegado que não tinha nem necessitava dos referidos alvarás para as suas atividades, pois as áreas dos poços pertenciam à Petrobras.

Informa que ficou claro que o contribuinte não tem como atividade fim a construção de obras civis, com licença (alvará do Poder Municipal) e contrato de entrega das mesmas aos contratantes de tais obras. Afirma que o contribuinte serve-se de diversos equipamentos e máquinas adquiridos em outras unidades da Federação, em cujos documentos fiscais têm-se lançadas alíquotas do ICMS referentes a operações entre contribuintes (7% ou 12%), em vez da alíquota “cheia” da unidade da Federação de origem (geralmente 17%), para prestar o serviço de apoio à exploração de petróleo e gás natural em municípios do estado da Bahia, vendendo este serviço ao seu contratante, sendo esta a sua atividade fim.

Quanto à infração 02, explica que, durante o período de 07/2009 a 10/2012 (anterior ao Termo de Acordo do contribuinte com o estado da Bahia), a autuada também adquiriu diversas máquinas e equipamentos em outras unidades da Federação, para integrarem o seu ativo fixo, constando nos respectivos documentos fiscais emitidos por seus fornecedores, alíquotas do ICMS referentes a operações entre contribuintes (7% ou 12%), portanto, restando ao contribuinte a obrigação de recolher a Diferença de Alíquotas, resultante da aplicação da alíquota interna do ICMS do estado da Bahia (17%), efeito do sistema misto de compartilhamento do ICMS adotado pelo país, com tributação do produto na sua origem e no destino final, compensando-se o valor final a se cobrar com o valor inicial cobrado, referente às operações com o mesmo produto.

Questiona, portanto, que, se a autuada não era contribuinte do ICMS, por que adquiriu tais máquinas e equipamentos em outras unidades da Federação, com alíquotas destinadas a somente quem é contribuinte (7% ou 12%), suportando assim, um ônus financeiro menor do que outros contribuintes da mesma atividade que a dele, que não tiveram a mesma prática?

Conclui, assim, a sua informação fiscal, requerendo o Julgamento pela procedência total do presente Auto de Infração, com a manutenção na sua totalidade das Infrações 1 e 2 nele lançadas.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao fundamento de que houve negativa de vigência do Parecer 25.791/2012, é importante frisar que a vigência do parecer citado não impede que seja efetuado o lançamento, sempre que sejam constatadas operações que não se enquadrem nos limites do benefício fiscal deferido, hipótese em que o fisco está obrigado a exercer a sua prerrogativa estatal de lançar o crédito tributário.

O próprio autuante faz declaração nesse sentido, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 107, abaixo reproduzido.

“Em nenhum ponto do auto de infração discutido, especialmente quanto à infração 01 lançada no mesmo, negamos a existência do referido Parecer, afirmando, muito pelo contrário, já no segundo parágrafo da descrição da referida infração, a existência do mesmo, com todos os dados relevantes para o seu perfeito entendimento, inclusive, com a informação de que se tratava de um Termo de Acordo com Empresa da Construção Civil.”

Como não houve negativa de vigência do parecer, deve-se avaliar a sua compatibilidade com o teor do lançamento fiscal, o que se traduz como uma questão de mérito, e como tal será tratada,

no momento próprio. Assim, afasto a alegação suscitada.

Passo, a seguir, ao exame da preliminar de ilegitimidade ativa, proposta pelo autuado. A despeito de o direito pátrio haver positivado a noção de que a legitimidade da parte é matéria a ser tratada em sede de preliminares (nos termos do art. 295, inciso II do CPC, aplicado subsidiariamente ao RPAF), filio-me à teoria da asserção, segundo a qual o julgamento dessa questão controvertida poderá, ou não, ser tratada como mérito, a depender da necessidade de instrução probatória do feito. Será, assim, preliminar quando a análise da relação jurídica julgada independer do exame das provas acostadas aos autos, caso contrário, deverá ser tratada como exame de mérito.

Nesse diapasão, afasto a alegação de ilegitimidade ativa do Estado da Bahia por falta de interesse jurídico em exigir o tributo, pois a hipótese tratada nos autos (a justificar a autuação da impugnante) é de falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota, fato que, se comprovado, conduz à aplicação de todo o aparato legislativo baiano, deflagrado como consequência lógica da aplicação do artigo 2º, inciso IV da Lei 7.014/96, o qual define a aquisição interestadual de bens (destinados ao ativo permanente) como hipótese de incidência do imposto.

Assim, afasto o tratamento da legitimidade ativa em sede de preliminar, remetendo a questão ao mérito do presente processo.

No mérito, quanto à infração 1, o lançamento decorreu da falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo do estabelecimento. A autuada se opôs ao lançamento, alegando que estava amparado por termo de acordo mediante o qual lhe fora concedido regime especial para recolhimento do imposto pelo regime simplificado à base de 3%, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 79, abaixo transcrito.

“Mantido o entendimento de que a empresa não é contribuinte do ICMS, a cobrança não pode prosperar. Primeiro porque legalmente o ato concessório do regime específico no qual foi, por ato administrativo regular, enquadrado como contribuinte não foi revogado. Segundo, conforme já demonstrado com citação de amplo lastro legal, não é o impugnante devedor de qualquer valor ao estado da Bahia, que figura como sujeito passivo incompetente para efetuar a cobrança.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata a alegação defensiva, afirmando que a empresa autuada não atua na atividade de construção civil, diferentemente do que foi declarado ao Estado da Bahia, conforme trecho à folha 107 do processo, abaixo transcrito.

“No entanto, a informação contida no cadastro do contribuinte na Secretaria da Fazenda indica que o mesmo desenvolve a atividade de Apoio à Extração de Petróleo e Gás Natural, com CNAE 910600, portanto, ao nosso entendimento, em nada semelhante com as atividades próprias de uma empresa de Construção Civil, conforme declarada pelo contribuinte na busca e concretização do citado Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda.”

A questão a ser resolvida na presente lide resume-se, assim, em saber-se qual o tratamento tributário a ser dispensado à empresa autuada nas suas aquisições de bens a outras unidades da federação, entendendo o autuante que deve ser recolhido o ICMS diferencial de alíquotas, consistente na diferença entre a alíquota interna e aquela praticada na operação. Já a autuada entende que deve recolher o imposto na forma do Parecer 25.791/2012, ou seja, em montante de 3% sobre o valor das aquisições, conforme se encontra previsto no art. 484 e seguintes do RICMS/12.

Inicialmente, há de se reconhecer que a empresa é beneficiária do regime tributário simplificado previsto no art. 484 do RICMS/12, conforme alega, fato que é, inclusive, admitido pelo próprio autuante em sua manifestação à folha 107, em trecho já reproduzido neste voto.

Ora, sendo beneficiária do regime simplificado citado, forçoso é reconhecer que as suas aquisições de bens vinculados à atividade de construção civil devem ser tributadas na forma definida em regulamento, qual seja, em percentual de 3% incidente sobre o valor das mercadorias adquiridas, em conformidade com o que dispõe o art. 485 do diploma normativo citado.

A concessão do regime simplificado aludido não impede, porém, que a fiscalização venha a exigir imposto eventualmente incidente, sempre que constatar a ocorrência de operações sujeitas à incidência do imposto, pois a concessão do regime tem por pressuposto que a empresa não

desenvolva qualquer outra atividade passível de enquadrá-la como contribuinte do imposto.

De fato, a incidência de alíquota de 3% sobre as aquisições de bens não se constitui em qualquer privilégio à empresa de construção civil, mas uma possibilidade legalmente prevista e que somente agrega recursos ao estado de destino, o qual ficaria, na ausência do regime simplificado, sem direito a qualquer parcela do imposto.

Pois bem, examinando as peças do presente processo, é possível notar que a autuada desenvolve outras atividades, que não a de construção civil, conforme atesta o próprio autuante em sua peça inaugural do lançamento, ao descrever a atividade desenvolvida pela empresa Braserv Petróleo Ltda, no quadro relativo ao descritivo da infração, na forma abaixo.

“No entanto, sua atividade de fato, conforme apontada no seu cadastro na Sefaz-Ba, é a de Apoio à Extração de Petróleo e Gás Natural, com CNAE 910600, com as seguintes observações:

01 – O contribuinte utiliza-se da montagem de estruturas com motores, geradores, tubos, válvulas, flanges, mangueiras entre outros bens do seu ativo, para a execução da sua atividade fim (apoio à extração de petróleo e gás natural), jamais contratando a entrega a seu cliente da referida estrutura, o que a caracterizaria como uma empresa de construção civil.

...

Portanto, fica claro que o contribuinte, no âmbito do seu planejamento tributário, passa para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a imagem de uma Empresa de Construção Civil, para com esta firmar o Termo de Acordo acima citado e usufruir dos seus benefícios fiscais (entre estes, uma menor carga tributária nas aquisições de bens para o seu ativo fixo e materiais para uso e consumo), com a sua atividade fim e única de prestação de serviço de apoio à extração de petróleo e gás natural a seus clientes, jamais contratando com os mesmos ou entregando-lhes qualquer obra de construção civil.” (grifos acrescidos).

Embora possamos estar no deparando com uma situação irregular (pois a autuada não desenvolve atividade de construção civil, conforme declara o autuante), a outra atividade desenvolvida pelo sujeito passivo (prestação de serviço de apoio à extração de petróleo e gás natural) não subsume os seus atos às regras de incidência do ICMS, já que a sua atividade se encontra prevista na lista de serviços do ISS, contidas na LC 116/03, em seu item 7.21, abaixo descrito.

“7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

...

7.21 – Pesquisa, perfuração, cimentação, mergulho, perfilagem, concretagem, testemunhagem, pescaria, estimulação e outros serviços relacionados com a exploração e exploração de petróleo, gás natural e de outros recursos minerais.”

Ora, não tendo sido provado que a autuada desenvolve outra atividade sujeita ao ICMS, as suas aquisições interestaduais devem ser tributadas à alíquota de 3%, nos termos do Regime Tributário Simplificado, previsto no art. 484 e seguintes do RICMS/12.

Assim, não pode o autuante exigir da empresa prestadora de serviços a diferença entre a alíquota interestadual e a interna, pois estaria, ao assim agir, ignorando o Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA.

Entendo, portanto, que a infração 1 é improcedente.

Quanto à infração 2, a sua descrição coincide com aquela relativa à infração 1, ou seja, falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo do estabelecimento. A diferença aqui é que se refere ao período anterior à assinatura do Termo de Acordo firmado entre a empresa autuada e a SEFAZ/BA.

Igualmente ao que fizera relativamente à infração 1, a autuada se opôs ao lançamento, alegando que não é contribuinte do imposto estadual.

O autuante, da mesma forma, não acata as alegações defensivas, questionando o porquê da adoção de alíquotas interestaduais na aquisição efetuada por não contribuinte, conforma trecho à folha 108, abaixo transcrito.

“... se o contribuinte, como alega na sua defesa, não era contribuinte do ICMS, por que adquiriu tais máquinas e equipamentos em outras unidades da Federação, com alíquotas destinadas a somente quem é

contribuinte (7% ou 12%), suportando assim, um ônus financeiro menor do que outros contribuintes da mesma atividade que a dele, que não tiveram a mesma prática?”

Analisando as provas anexadas ao auto de infração, é possível notar que a afirmação da autuada não tem correspondência nos autos, pois, embora afirme que não é contribuinte, possui inscrição estadual desde 29/07/2009, conforme se pode constatar a partir da leitura de extrato do sistema INC, acostado à folha 10, verso, do presente processo.

Ora, tendo requerido e obtido a inscrição estadual, é de se concluir que deve ser tratado como contribuinte do imposto, do que decorre a adoção da alíquota interestadual nas suas aquisições a fornecedores localizados em outras unidades da federação.

De fato, o demonstrativo de débito “*DEMONSTRATIVO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DA DIFAL*”, acostado ao processo pelo autuante, às folhas 57 a 67, evidencia que as aquisições interestaduais de mercadorias, feitas pela impugnante no período, foram tributadas à alíquota de 7% ou 12%, conforme a origem, o que evidencia que a empresa Braserv Petróleo Ltda. não somente estava cadastrada como contribuinte, mas assim também era tratada pelos seus fornecedores, o que lhe resultava em benefícios tributários.

Assim, não pode a autuada gozar de tratamento privilegiado em relação às demais empresas contribuintes do Estado da Bahia, já que pagam a parcela do imposto resultante da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Dispensá-la do recolhimento do DIFAL significaria chancelar uma prática de subtração irregular de impostos, traduzida numa “faceta bipolar”, ou seja, para o estado de origem a empresa se apresenta como contribuinte (para desfrutar de uma tributação mais branda), enquanto que para o estado de destino a mesma se afirma como “não-contribuinte” (para fins de isentar-se do recolhimento do DIFAL). Tal atitude representaria uma quebra de isonomia no tratamento de empresas com situações equivalentes.

Por isso, entendo que assiste razão ao autuante, cujo lançamento não merece reparo, no que pertine à infração 2, pois atribuiu à impugnante o tratamento jurídico adequado a todos aqueles que se autodeclararam contribuintes do ICMS, com os direitos e obrigações correspondentes.

Entendo, portanto, que a infração 2 é procedente.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206915.0007/14-9**, lavrado contra **BRASERV PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.077,28**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR ANTAS OLIVEIRA – JULGADOR