

A. I. Nº - 269101.0013/17-5
AUTUADO - HERRENKNECHT DO BRASIL MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CEZAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0087-04/19

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADA AO ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados aos autos comprova que o contribuinte exerce atividade de *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças* (CNAE 4669999) e a escrituração dos livros fiscais demonstra que apura e recolhe o ICMS da diferença de alíquota. Resta caracterizado, pelas provas anexadas ao processo, que é devido a diferença de alíquota relativo a adquiridas para integrar o ativo ou consumo (peças de reposição). Infrações 1 e 2 procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 06/12/17 e exige ICMS no valor de R\$190.206,74, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte apura o ICMS da diferença de alíquota e lança a débito no livro RAICMS, porém em diversos meses deixou de recolher o ICMS DIFAL relativo a ativo e consumo (CFOP 6101 e 6012 - 2013/2016) - R\$90.089,66.
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (2013/2016). Consta na descrição dos fatos que o contribuinte apura o ICMS da diferença de alíquota e lança a débito no livro RAICMS, porém em diversos meses recolheu o ICMS DIFAL em valor menor que o apurado pela fiscalização - R\$100.117,08.

O autuado apresenta defesa (fls. 60 a 74) inicialmente comenta as infrações e afirma que não podem prosperar por ser prestador de serviços de qualquer natureza, não sendo contribuinte do ICMS, e, sim, do ISS, não se submetendo a incidência do ICMS Diferencial de Alíquotas, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 87/1996.

Esclarece que atua prestando serviços de perfuração e sondagem de poços de petróleo, obras de terraplanagem, atividades de apoio à extração de petróleo e gás natural, assim como a locação, comodato e/ou arrendamento de máquinas e equipamentos de perfuração e escavações horizontais e verticais para extração de minério e petróleo, cumprindo suas obrigações fiscais.

Destaca que a Constituição Federal de 1988, no art. 156, III outorgou aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para instituírem o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar, desde que pressuponham prestação de serviços a outrem, sob o regime de direito privado, com conteúdo econômico.

Ressalta que desenvolve atividade elencada no item 7.02 e no item 7.21 da Lista de serviços anexa à LC 116/2003, cujo conteúdo transcreveu às fls. 62 e 63 e que ressalvadas as exceções expressas na lista, os serviços mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, ressaltando que à exceção prevista no item 7.2, diz “exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS”, entende não poder ser cogitada no caso em apreço, tendo em vista que não produz as mercadorias aplicadas na prestação dos seus serviços, ficando sujeito apenas ao ISS.

Esclarece que adquiriu máquinas, peças, ferramentas, equipamentos em outra Unidade da Federação, sujeitando-se à incidência do ISS, e foi surpreendida com a exigência do ICMS Diferencial de Alíquotas, sem ser contribuinte do ICMS, pois as mercadorias são utilizadas na prestação de serviços e desoneradas do ICMS conforme entendimento dos Tribunais Superiores.

Ressalta que o ICMS - Diferencial de Alíquotas encontra fundamento constitucional de validade no art. 155, inciso II, §2º, VII e VIII, da CF, cuja alínea “a” dispôs sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: “a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for CONTRIBUINTE DO IMPOSTO; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;” cabendo ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

E que após a Emenda Constitucional nº 87, de 2015 atribuiu a responsabilidade pelo recolhimento do imposto: a) ao destinatário, quando este for *CONTRIBUINTE DO IMPOSTO*; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Diz que para elucidar a questão, resta saber quais são as atividades passíveis de incidência do ICMS e efetivos contribuintes, sujeitos passivos submetidos ao pagamento de diferencial de alíquotas, em relação às mercadorias que adquirir de outra Unidade da Federação, que nos termos do art. 155, II da CF há quatro hipóteses gerais e abstratas passíveis de incidência do ICMS: i) circulação de mercadorias; ii) prestações de serviços de transporte interestadual; iii) prestações de serviços de transporte intermunicipal; e iv) prestações de serviços de comunicação.

Transcreve o art. 2º da LC 87/1996 que dispõe acerca da incidência do ICMS e o art. 4º que define que são os contribuintes do imposto, alegando que a CF e LC 87/96 não conferem liberdade irrestrita aos Estados e ao Distrito Federal para definir quem são contribuintes do ICMS, em função de atividades, não inseridas no ciclo econômico composto por operações comerciais, relativas à circulação de mercadorias, ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, definidas na LC 87/1996.

Nesta linha de inteligência, transcreve o art. 5º e §1º da Lei Estadual nº 7014/96 (fls. 68 a 70) que elenca as pessoas que são contribuintes do ICMS, ressaltando que não existe qualquer referência no texto legal à atividade desenvolvida pela impugnante, que se dedica ao serviço de perfuração e sondagem de poços de petróleo, obras de terraplanagem, atividades de apoio à extração de petróleo e gás natural, locação, comodato e/ou arrendamento de máquinas e equipamentos de perfuração e escavações horizontais e verticais para extração de minério e petróleo, e que não existe previsão legal para enquadrar a impugnante na qualidade de contribuinte do ICMS.

Salienta que os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento no sentido de que as empresas da construção civil, ao adquirirem de outro estado da federação materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento do ICMS-Difal para o Estado destinatário por serem prestadoras de serviços submetidas ao ISS (Resp 1.135.489/AL/2010; AgRg no REsp 1.025.220/RS/2009; AgRg no Ag 1361422/PE/2012; AgRg no AgRg no REsp 1106214/MG/2012 e RE 559936 AgR/ 2010).

E que esse entendimento do STJ restou sedimentado com a edição da Súmula nº 432, com a seguinte redação: Súmula nº 432/STJ. “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.”

Conclui dizendo que tanto a jurisprudência do *STJ*, quanto a do *STF*, convergem com os argumentos expendidos pela impugnante, no sentido da inexistência de relação jurídica que obrigue os não contribuintes do *ICMS* ao pagamento de Diferencial de Alíquotas, nas operações e prestações originadas em outra Unidade da Federação, mesmo porque o próprio autuante reconhece a empresa como prestadora de serviços.

Requer que o *CONSEF/BA* fazendo justiça, julgue improcedente o Auto de Infração.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 93 a 102) inicialmente transcreve as infrações e ressalta que a *PETROBRÁS S/A*, atuava realizando todos serviço de perfuração de poços de petróleo, adquirindo sondas e insumos utilizados no processo de perfuração, mas passou a terceirizar as sondas de perfuração terrestres (equipamentos: torre, plataforma, tanque de fluido de perfuração, geradores de energia, bombas, válvulas de segurança, comandos de perfuração etc.) e o pessoal de operação (encarregado, sondador, torrista, platformista e pessoal de apoio), porém, o serviço de perfuração de poços de petróleo continua sob a responsabilidade da *PETROBRÁS*.

Afirma que apesar de terceirizar atribuições, não foram terceirizados o fornecimento dos insumos para a execução dos serviços de perfuração (óleo diesel, brocas, produtos químicos etc.) e os materiais para a construção do poço (tubos para revestimento do poço, válvula de poço etc.).

Por sua vez a *HERRENKNECHT DO BRASIL* está cadastrada no *CAD-ICMS* na condição *NORMAL*, com atividade econômica principal *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças (CNAE 4669999)*, escritura todos os livros fiscais e paga suas obrigações regularmente, sendo portanto contribuinte do *ICMS*, tendo como atividades econômicas secundárias, o aluguel de máquinas e equipamentos para extração de minérios e petróleo, sem operador (*CNAE 7739001*).

Diz que através de contrato de locação a *HERRENKNECHT* fornece máquinas e equipamentos (sondas de perfuração) a *PETROBRÁS*, sendo o autuado responsável pela manutenção das suas sondas de perfuração, cujos ativo fixo é locado, e é responsável pela manutenção do seu ativo (sondas), portanto, nesse caso, é contribuinte do *ICMS* somente para o pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para o seu ativo fixo, peças de reposição para o seu ativo e materiais de uso de duração prolongada.

Afirma que a impugnante é sabedora que é contribuinte do *ICMS* diferença de alíquotas, pois pagou regularmente o *ICMS- DIFAL* em quase todos os meses dos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016, conforme pode se verificar na fl. 30, onde constam os valores declarados pelo contribuinte nas EFDs dos respectivos exercícios, fazendo parte das apurações do *ICMS*.

Destaca que nessa ação fiscal, está sendo cobrado *ICMS- DIFAL* relativo a:

- **INFRAÇÃO 1:** algumas notas fiscais que foram registradas no livro Registro de Entrada e não tiveram o *ICMS- DIFAL* declarado no livro *RAICMS* no mês de referência;
- **INFRAÇÃO 2:** algumas notas fiscais que foram registradas no livro Registro de Entrada, tiveram o *ICMS* diferencial de alíquotas declarado no livro *RAICMS* no mês de referência e pago, porém, os valores declarados foram inferiores aos calculados na fiscalização.

Ressalta que no serviço geral de perfuração de petróleo, os insumos consumidos/incorporados na execução do serviço de perfuração não estão sujeitos ao pagamento do *ICMS* diferença de alíquotas, por serem fornecidos pela própria *PETROBRÁS*, que é a responsável pelo serviço de perfuração de poços. E no caso específico a *Herrenknecht* loca equipamentos e é responsável pela manutenção de seus equipamentos, os insumos que são incorporados na execução de seu serviço de manutenção de seus próprios equipamentos (estopa, graxa, tintas, solvente, fluido desengripante, pincéis, lixas, querosene, luvas etc.), ou seja, materiais utilizados/consumidos “*não estão sujeitos à diferença de alíquota e não foram contemplados na presente autuação*”.

Destaca que a seleção das mercadorias objeto da cobrança do diferencial de alíquotas foi feita de forma criteriosa, somente selecionadas as aquisições de mercadorias para o *“ativo, peças de reposição para o ativo e material de uso de duração prolongada como ferramentas”*.

Frisa que tem formação de engenheiro químico e bacharel em direito, tendo atuado como técnico em área de perfuração de poços de petróleo no campo de Carmópolis-Sergipe, junto a PETROBRÁS, inclusive participado de curso de aperfeiçoamento na no Rio de Janeiro, e trabalhado em indústria petroquímica, no Polo Petroquímico de Camaçari-BA.

Ressalta que em 2014, exerceu atividade de fiscalização na empresa, culminando no Auto de Infração 269101.0010/14-1, que reclamava o não pagamento do ICMS diferença de alíquotas, que foi julgado procedente, conforme Acórdão JJF Nº 0036-05/16, cuja ementa transcreveu à fl. 97.

No mérito, transcreve as infrações 1 e 2, ressaltando a diferença na apuração sendo que na primeira *não foi declarado o débito do livro RAICMS do ICMS DIFAL, enquanto na segunda o débito foi declarado a menor no livro RAICMS*.

Ressalta que o contribuinte não refutou as duas infrações de forma isolada, apresentando uma única defesa que em linhas gerais alega ser prestadora de serviços e não contribuinte do ICMS.

Afirma que não procede tal alegação, pois está inscrito no CAD-ICMS na condição normal, com apuração do imposto em conta corrente fiscal, tendo como Atividade Econômica Principal *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças* (CNAE 4669999), escritura todos os livros fiscais, adquire mercadorias, emite notas fiscais, importa equipamentos e paga suas obrigações regularmente para o Estado.

E Atividades Econômicas Secundárias: CNAE 910600 - Apoio à extração de petróleo e gás natural; CNAE 4312600 - Perfurações e sondagens; CNAE 4313400 - Obras de terraplenagem; CNAE 7739001 - Aluguel de máquinas e equipamentos para extração de minérios e petróleo, sem operador.

Afirma que não procede a alegação de que não se submete à incidência do ICMS Diferencial de Alíquotas, tanto que declarou no livro RAICMS e pagou o ICMS - DIFAL em vários meses dos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016, conforme fls. 30, 32 e 33, do PAF, débitos de ICMS diferença de alíquotas obtidos na EFD do contribuinte.

Ressalta que está sendo cobrado na autuação o ICMS DIFAL em alguns meses que não declarou (e não pagou) no livro RAICMS e, o ICMS DIFAL calculado a menor, relativo aos meses que declarou valores no livro RAICMS em valores inferiores aos apurados pela fiscalização.

Salienta que todas as empresas de petróleo que operam no recôncavo baiano pagam regularmente o ICMS DIFAL nas aquisições interestaduais de materiais para o ativo, peças de reposição para o ativo e materiais de uso de duração prolongada, inclusive o autuado.

Quanto a alegação de não ser contribuinte do ICMS e sim prestador de serviço de qualquer natureza, contribuinte do ISS, afirma que não foi cobrado ICMS sobre prestação de serviço e sim sobre aquisições interestaduais de mercadorias para o seu ativo, peças de reposição do ativo e materiais de uso de duração prolongada, vinculado a Atividade Econômica Principal.

Com relação a atividade secundária de *Aluguel de máquinas e equipamentos para extração de minérios e petróleo, sem operador*, que firmou contrato de prestação de serviço de locação de equipamentos com a PETROBRÁS, sendo responsável pela manutenção dos seus equipamentos, destaca que as aquisições de máquinas, peças, ferramentas, equipamentos, em outra Unidade da Federação, caracterizam se como Ativo ou peças de reposição, e ferramentas caracterizam se como aquisições para uso prolongado, não se caracterizando como insumo.

Afirmam que no caso da empresa em questão, insumo é o gasto, incorporado e consumido instantaneamente na prestação do serviço de manutenção de suas máquinas e equipamentos,

como: energia, combustível, lixas, tintas, pincéis, fluido desengripante, estopa, luvas, graxas etc., portanto, não procedendo essas alegações, inclusive de que não é contribuinte do ICMS.

Quanto às alegações de não ser contribuinte do ICMS, só do ISS, afirma que só teria sentido, se o mesmo fosse só inscrito no Município e não tivesse inscrição estadual, pois ao adquirir ativo em outra unidade da Federação, o fornecedor do estado de origem aplicaria a alíquota interna.

Afirma que da forma que o contribuinte se comporta adquirindo materiais para o seu ativo em outra Unidade da Federação com a aplicação da alíquota interestadual, sem pagar o ICMS DIFAL, o autuado está querendo defender uma tese de engodo fiscal, não procedendo essa alegação.

No que se refere as empresas de construção civil, contesta que não tem nada a ver com o caso em questão, ressaltando a repetição da alegações já refutadas, não havendo manifestação específica sobre as duas infrações (*quantum*), não houve manifestação por parte do contribuinte, nem foi apresentado elementos capazes de elidir a infração.

Por fim, ressalta que o contribuinte pagou regularmente ICMS – DIFAL nas aquisições interestaduais da maioria dos meses dos exercícios de 2013 a 2016, mas não pagou o ICMS DIFAL em alguns meses do período ou pagou a menor o ICMS diferença de alíquotas. Requer que a autuação seja julgada procedente.

Na assentada do julgamento a patronesse do autuado alegou que por não ser contribuinte do ICMS, para as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, deveria ser aplicado as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 87/2015 (partilha do imposto entre Estado de Origem e de Destino).

Também citou como precedente a Decisão contida no Acórdão CJF nº 0323-11/10 relativo a empresa prestadora de serviço a indústria de celulose.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações, relativas recolhimento do ICMS-DIFAL decorrente das aquisições interestaduais de bens destinados a uso/consumo, sendo que a primeira refere se falta de recolhimento e a segunda relativo a recolhimento a menor.

Na defesa apresentada de forma genérica para as duas infrações, o sujeito passivo em linhas gerais alega que:

- A) Exerce atividade de prestação de serviços (item 7.02 e item 7.21 da Lista da LC nº 116/2003);
- B) Não é contribuinte do ICMS, e, sim, do ISS, nos termos da Constituição Federal e LC 87/96;
- C) A aquisição de máquinas, peças, ferramentas, equipamentos, caracterizam se como insumos, sujeitando se à incidência do ISS.

O autuante rebateu afirmando que a empresa está cadastrada no *CAD-ICMS* submetida ao regime *NORMAL de apuração do ICMS*, com atividade econômica principal de *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente*; e escritura todos os livros fiscais regularmente, sendo contribuinte do *ICMS*, relativo as atividades econômicas secundárias, de aluguel de máquinas e equipamentos para extração de minérios e petróleo, sem operador.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

Conforme intimações de fls.8 a 16, o sujeito passivo foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais para concessão do pedido de baixa do cadastro do ICMS.

A síntese do livro RAICMS de fl. 19 indica lançamentos a títulos de outros débitos no livro RAICMS do estabelecimento autuado no período de ago/2013 a dez/2016 e EFD (fls. 20/21).

O demonstrativo de fls. 22 a 53 relaciona exigência do ICMS DIFAL relativo a aquisições de válvulas, kit de reparo, mordente para cunha, degraus, camisa de bomba, bomba, borracha, pistão, gaxeta, refil de adesivo, diafragma, escadas, para-brisa, escada, abraçadeira, conjunto de luminária, anel de encosto, botão de posicionamento, arruela, bucha, cabo elétrico, estator, luva, parafuso, placa de ligação, porcas, chave elétrica, trinco, diodo eletrônico, entre outros.

Pelo exposto, assiste razão a fiscalização quanto a exigência do ICMS DIFAL relativo a aquisições de bens de uso ou consumo (peças de reposição para o seu ativo e materiais de uso acima relacionados) utilizados na manutenção de máquinas e equipamentos (sondas de perfuração) locados a PETROBRÁS, cuja manutenção do ativo é de sua responsabilidade.

Ressalte-se que diante da negativa de que exerce atividade submetida a tributação do ICMS diferença de alíquotas, constata-se que a cópia do ICMS- DIFAL do próprio contribuinte declara débitos do imposto nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016 (fl. 19) e livro RAICMS (fl. 20) comprova o lançamento pelo próprio contribuinte conforme documentos juntados às fls. 20 e 21 e 31 a 33. Ou seja, a própria escrituração (EFD) do estabelecimento autuado faz prova de que é contribuinte do ICMS- DIFAL em relação às aquisições interestaduais de mercadorias (*peças de reposição para o ativo e material de uso de duração prolongada como ferramentas*), pois está inscrito no CAD-ICMS na condição normal, com apuração do imposto em conta corrente fiscal e Atividade Econômica Principal *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças* (CNAE 4669999).

Na assentada do julgamento foi feita consulta ao sistema de Informações do Contribuinte (INC) constante do banco de dados da Secretaria da Fazenda, tendo sido constatado que no período fiscalizado (2013/2016) a sociedade empresarial recolheu ICMS a título de exemplo:

Pagamento/Mês	Código	Tipo de Receita	Valor
13/04/2015	759	Regime Normal – Comércio	13.188,22
10/04/2015	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	21.264,78
10/08/2015	759	Regime Normal – Comércio	10.288,18
05/08/2015	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	23.010,08
09/09/2015	759	Regime Normal – Comércio	6.408,19
16/09/2015	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	9.844,82
09/10/2015	759	Regime Normal – Comércio	25.420,19
19/10/2015	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	25.420,19
10/07/2014	806	Regime Normal – Indústria	861,24
01/07/2014	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	25.778,07
10/10/2014	806	Regime Normal – Indústria	2.530,89
02/10/2014	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	14.739,29
11/01/2016	759	Regime Normal – Comércio	3.429,99
26/01/2016	903	ICMS – Importação – Contr. Inscrito	16.563,07
09/03/2016	759	Regime Normal – Comércio	5.347,77

Pelo exposto constata-se que no período fiscalizado a sociedade empresarial exerceu atividades de comercialização, industrialização sujeitas a incidência do ICMS, bem como realizou importações de bens na condição de contribuinte inscrito.

Fica comprovado que o estabelecimento autuado é contribuinte do ICMS, praticando operações sujeitas ao imposto com habitualidade, motivo pelo qual não pode ser acolhida a tese de que o imposto incidente nas operações interestaduais deve ser partilhado entre os estados sob o argumento de que não é contribuinte.

Da mesma forma, não pode ser acolhido como precedente a Decisão contida no Acórdão CJF nº 0323-11/10 por se tratar de sociedade empresarial prestadora de serviço exclusivamente submetido ao pagamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) de competência dos Municípios e Distrito Federal.

Observo ainda que a mesma empresa teve lavrado o Auto de Infração 269101.0010/14-1, que também reclamava o não pagamento do ICMS diferença de alíquotas, que foi julgado procedente, conforme Acórdão JJF Nº 0036-05/16, cujo Recurso Voluntário não foi provido de acordo com o Acórdão nº 123-12/16, cujo teor do voto vencedor transcrevo parte:

“ ...

Senão vejamos. O recorrente é registrado no CAD-ICMS do Estado da Bahia estando enquadrado no regime normal de apuração do imposto. Possui escrituração fiscal (livros fiscais, declaração econômico-fiscais, emite notas fiscais de Entradas e Saídas), cumprindo com as obrigações tributárias acessórias que lhe são pertinentes. Realiza com frequência operações de importação. Durante todo o período fiscalizado realizou inúmeras aquisições interestaduais de bens e materiais de uso e consumo para seu estabelecimento, fazendo o recolhimento do ICMS a título de diferença de alíquotas. E o mais importante, fornece o seu cadastro estadual nas compras que realiza fora do estado da Bahia, se beneficiando, portanto, de uma alíquota que lhe é mais favorável, a interestadual.

Em outras palavras, embora o recorrente frise ser não contribuinte do ICMS, se utiliza de forma reiterada desta condição, para em operações interestaduais se submeter a uma alíquota menor, levando vantagem sobre seus concorrentes. Tal procedimento revela no mínimo, a má fé do autuado, visto que ao fugir da tributação com alíquota “cheia” utilizando sua inscrição estadual, está violando a isonomia concorrencial, o que não pode ser admitido pela fazenda pública estadual.

Vejamos agora, como é tratada a matéria pela legislação tributária. O art. 4º, parágrafo único, inciso I da Lei Complementar 87/96, assim dispõe sobre o ICMS:

Art. 4º Contribuinte é qualquer 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, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Red.Lcp 114, 16.12.2002)

A simples leitura do dispositivo acima transcrito é suficiente para espantar a discussão sobre a condição de contribuinte do Recorrente, considerando as diversas operações de importação realizadas e comprovadas pelo recolhimento de ICMS Importação constantes em seu cadastro.

Sobre a matéria assim dispõe a Lei estadual nº 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

V - a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, bem como a aquisição ou arrematação em licitação promovida pelo poder público de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer 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, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I - importe mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;

XI - o prestador de serviço compreendido na competência tributária dos Municípios, que envolva fornecimento de mercadoria com incidência do ICMS indicada em lei complementar;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto. (grifo nosso).

Dessa forma, a norma acima transcrita nos conduz a conclusão de que foi acertada a Decisão de primeira instância que manteve o lançamento tributário, posto que o ato administrativo está em conformidade com as disposições da Lei Complementar 87/96 e Lei estadual nº 7.014/96 do Estado da Bahia.

Nesse sentido, comungo com o entendimento expendido no Parecer opinativo da PGE/PROFIS constante deste processo, bem como, pelas conclusões expressas na sustentação oral em assentada de julgamento, proferidas pelo i. Procurador, doutor Raimundo Luiz Andrade, que reforçou ter a convicção de que o autuado é, de fato, contribuinte do ICMS, pois o mesmo pagou várias guias de ICMS a título de “ICMS Importação” restando comprovado a sua condição de contribuinte perante o Estado, com fundamento no inciso I, do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, redação esta, dada pela Lei Complementar nº 114/02”.

Por fim, com relação às Decisões emanadas por Tribunais Superiores, observo que a Atividade Econômica Principal exercida: *Comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças* (CNAE 4669999) e escrituração dos livros fiscais não se coadunam com as atividades de construção civil.

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 **269101.0013/17-5**, lavrado contra **HERRENKNECHT DO BRASIL MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$190.206,74**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA