

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0034/05-0
RECORRENTE - ORGANIZAÇÃO BAHIA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0015-03/06
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 14/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0286-12/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, ADQUIRIDAS POR ESTABELECIMENTO COM INSCRIÇÃO ESPECIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de aquisição de bens de uso e consumo destinados a prestação de serviços sujeitos à incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza, (ISS) de competência municipal, fora do campo de incidência do ICMS. Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 01/10/2005, para exigir ICMS no valor de R\$2.473,61, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.

Consta ainda que a empresa é inscrita no cadastro especial e realizou operações de aquisição de mercadorias de fora deste Estado, cujo ICMS foi calculado pela alíquota interestadual, porém, não recolheu a antecipação parcial do imposto, prevista no artigo 352-A, § 3º do RICMS/97.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 14 a 23 requer a improcedência do Auto de Infração apontando os seguintes fundamentos:

1. O objeto social da impugnante é a prestação de serviços gerais de limpeza, conservação, locação de mão de obra não qualificada, vigilância sem porte de arma, administração de condomínio, serviços de jardinagem e manutenção de áreas verdes, serviços de pintura, reformas e manutenção predial, conforme se observa Cláusula Quarta da Alteração nº 09 e Consolidação de seu contrato social, documentos que anexou aos autos.
2. A antecipação parcial, prevista no artigo 352 A do RICMSBA, não se aplica ao presente caso, considerando que a impugnante adquiriu mercadorias para consumo próprio, na qualidade de consumidor final e não para comercialização. Transcreveu o citado artigo.
3. O próprio *site* da SEFAZ esclarece o assunto. Reproduziu a resposta sobre a antecipação parcial.
4. Não se enquadra no artigo 2º, IV e VI, da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o campo da incidência do ICMS. Transcreveu os citados dispositivos.
5. A utilização da alíquota interestadual será devida quando o destinatário for contribuinte do imposto, conforme estabelece o artigo 155, VIII, CF.
6. A Procuradoria da Fazenda Estadual, exercendo o controle da legalidade dos atos administrativos, editou os Atos Declaratórios nº 02/2002 e 03/2003 (fls. 38 e 39) reconhecendo ser indevido qualquer ato de cobrança e lançamento de ICMS proveniente de operações de

diferença de alíquota das empresas de construção civil que executem obra por administração, empreitada, ou sub-empreitada nas aquisições de bens para o seu ativo imobilizado ou de bens de usos e consumo ou matérias de consumo do seu estabelecimento, haja vista não serem essas empresas contribuintes do ICMS e sim do ISS.

7. O Superior Tribunal de Justiça firmou o mesmo entendimento quanto à incidência do diferencial de alíquotas nas transações interestaduais. Reproduziu Resp. nº 149.946-MS 1ª T Rel. Min. Garcia Vieira, j. 20.11.97. Logo como a impugnante não é contribuinte de ICMS e sim do ISS, não haverá de se falar em pagamento de diferencial de alíquota, muito menos de ICMS antecipado.
8. O fato de ser a impugnante inscrita no cadastro estadual como contribuinte especial não significa que seja sujeita da obrigação de pagar o ICMS. Transcreveu os artigos 5º, parágrafo único, 7º e 36, 150 do RICMS/BA, artigos 113 e 114 do CTN. Reproduziu trechos de Roque Antonio Carraza.
9. Caso o remetente das mercadorias tenham se equivocado quanto da aplicação da alíquota aplicável ao caso, cabe apenas aos estados de origem (dos vendedores) a diferença do imposto, vez que é o vendedor que realiza o fato gerador do imposto.

O autuante, na sua informação fiscal (fl. 42 a 43), inicialmente discorre sobre a autuação e alegações defensivas. Salienta que o autuado alega que sua atividade não se encontra em nenhuma das hipóteses de incidência do ICMS, e o fato de ser inscrita no Cadastro Estadual como contribuinte especial, não significa que seja sujeito passivo da obrigação de pagar o ICMS.

Disse que os argumentos utilizados pelo autuado, apesar de aparentemente bem fundamentados, não têm guarida na legislação tributária, e transcreve o artigo 352-A, § 3º, I do RICMS/BA, para sustentar que o autuado passou à situação de responsável pelo pagamento do imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, tendo em vista que os fornecedores não tinham conhecimento da condição de não-contribuinte. Conclui sustentando a autuação e pede pelo julgamento procedente.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Reza o art. 352-A, do RICMS/97 que, para efeitos de pagamento da antecipação parcial, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria de outra unidade da Federação, quando destinada à comercialização.

Analizando os documentos acostados pela defesa, verifico que na Cláusula Quarta do Instrumento de Constituição Societária, de fls. 25 a 27, firmado em 06 de novembro de 1991, devidamente registrado no Sistema Nacional de Registro de Comércio, consta que o autuado desenvolve a atividade de “prestação de serviços gerais de limpeza, conservação, locação de mão de obra não qualificada, vigilância sem porte de arma, administração de condomínio, serviços de jardinagem e manutenção de áreas verdes, serviços de pintura, reformas e manutenção predial”.

Na 9ª Alteração Contratual, de fls. 28 a 30, datada de 18 de dezembro de 2003, também consta na Cláusula Quarta que a sociedade tem por objetivo: “serviços gerais de limpeza, conservação, locação de mão de obra não qualificada, vigilância sem porte de arma, administração de condomínio, serviços de jardinagem e manutenção de áreas verdes, serviços de pintura, reformas e manutenção predial”. Portanto não há dúvidas que o autuado é prestador de serviço.

Apesar de o autuado ter como atividade a prestação de serviços, adquiriu mercadorias, com aplicação de alíquota interestadual, conforme constatei nas Notas Fiscais de nºs. 8612, 158097, 83894, às fls. 09 a 11 dos autos. Por isso, entendo que o caso em exame enquadra-se, perfeitamente, na norma estabelecida no § 3º do artigo 352-A do ICMS que reza:

“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:

I - pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial;

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

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

VOTO DISCORDANTE

“O Auto de Infração acusa o contribuinte de ter deixado “de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização”.

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo verifico que:

- a) As notas fiscais acostadas às fls. 9 a 11, indicam que o autuado adquiriu em outros estados: “Gravata Poliéster Lisa Zíper; Sapato, Botina e Cilindro cópia xerox”;*
- b) O estabelecimento autuado (Organização Bahia Serviços de Limpeza, Locação de Mão de Obra Ltda, está inscrito no Cadastro da SEFAZ como contribuinte “Especial” com código de atividade 453600 – Terraplanagem, enquanto o seu Contrato Social (fl. 29), na sua Cláusula Quarta, registra como objeto social “serviços gerais de limpeza, conservação, locação de mão de obra não qualificada, vigilância sem porte de arma, administração de condomínios, serviços de jardinagem e manutenção de áreas verdes, serviços de pintura, reformas e manutenção predial”.*

Portanto, está devidamente caracterizada, que se trata de operação interestadual de aquisição de bens de uso ou consumo destinados à prestação de serviços sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) de competência dos Municípios, fora do campo de incidência do ICMS.

A Lei Complementar 87/96 estabelece no seu art. 3º, V, que:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;”

A Lei Estadual de nº 8.967/03 que instituiu o ICMS antecipação parcial no Estado da Bahia no seu art. 2º acrescentou os seguintes dispositivos à Lei nº 7.014/96:

I - o art. 12-A, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004:

“12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”;

...

III - o inciso III ao caput do art. 23: em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.”;

IV - o § 6º ao art. 26:

“§ 6º O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes inscritos na condição normal, nos termos do art. 12-A, poderá ser escriturado a crédito, conforme dispuser o regulamento”.

Logo, 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 se trata de operação de aquisição de bens de uso/consumo praticada por estabelecimento não contribuinte do ICMS, e sem incidência do imposto (art. 3º, V da LC 87/96).

Por sua vez, a Lei Estadual definiu como fato gerador do ICMS antecipação parcial (art. 12-A da Lei nº 7.014/96): “as aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização”, e no seu parágrafo primeiro estabeleceu que a antecipação parcial “não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por: isenção e não-incidência” e o parágrafo segundo autoriza o regulamento para fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.

Entendo que a operação mercantil objeto da autuação, conforme inicialmente exposto, não se refere à aquisição de mercadoria destinada à comercialização, portanto não ocorreu o fato gerador do imposto, conforme definido na Lei Complementar e Estadual, e tendo a mencionada Lei autorizado apenas que o regulamento fizesse exclusões de antecipação parcial, qualquer interpretação que venha ser dada ao art. 352-A, § 3º do RICMS/BA, colide com os dispositivos legais supra citados.

Ressalto que, conforme disposto na legislação tributária relativa ao ICMS, em se tratando de operação mercantil interestadual de aquisição de bens de uso/consumo, destinados a não contribuinte do ICMS, na condição de consumidor final, a alíquota aplicável na operação é a prevista para as operações internas (art. 155, VII, “b” da Constituição Federal). Tendo o remetente, na situação presente, grafado a alíquota prevista para as operações interestaduais, em vez da alíquota interna, o imposto que deixou de ser recolhido é devido ao Estado onde está localizado o estabelecimento remetente das mercadorias, não figurando o Estado destinatário como pólo ativo desta relação jurídica.

Assim, voto pela procedência do presente Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os argumentos expendidos em sua defesa, destacando a correção e clareza do voto discordante, que, analisando o mérito da questão, opinou pela improcedência do lançamento, o mesmo não se podendo dizer dos votos vencedores que não adentraram no mérito da questão e permaneceram na superficialidade administrativa, apegando-se apenas na letra fria do art. 352-A do RICMS. Acrescenta que a Lei nº 7.014, no seu art 12-A não traz qualquer previsão de cobrança de ICMS antecipado de contribuintes inscritos na

categoria especial que tenham adquirido mercadorias em outros estados; a antecipação parcial somente é devida quando da aquisição de mercadorias para comercialização, e ainda que a sobre a atividade do recorrente incide somente o ISS por se tratar de empresa prestadora de serviços, exclusivamente, que adquiriu produtos para uso e consumo; o fato de estar o recorrente inscrita no Cadastro Estadual como contribuinte especial não significa que seja sujeito passivo da obrigação de pagar o ICMS. A inscrita torna a empresa apta ao exercício dos direitos relativos ao cadastramento, como, por exemplo, a participação em licitações públicas.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, argumentando:

“Observo que o fundamento utilizado pela d. JJF, em consonância com o entendimento externado pelo autuante não é, data vénia, mais adequado, pois o quanto previsto no § 3º do artigo 352-A do RICMS, 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 artigo, não se constituindo, pois, em regra autônoma, por se tratar de parágrafo. Em sendo assim, entendo comprovado que as aquisições interestaduais se prestavam exclusivamente à execução dos serviços por parte da empresa que exerce atividades tributadas pelo ISS e não pelo ICMS, não podendo, pois, ser exigida a antecipação parcial do ICMS. Esse entendimento foi externado pela d 1ª CJF ao apreciar o Recurso voluntário do AI N° 175851119059, que teve como autuada a empresa GODIM E SOUZA LTDA, que exerce atividade gráfica.”

VOTO

Concordo integralmente com as alegações expostas pelo recorrente, ratificadas pela ilustre Procuradora Fiscal ao interpretar corretamente o disposto na legislação estadual, especialmente o entendimento do artigo 352-A e seu parágrafo. Evidentemente a simples inscrição no cadastro estadual não implica enquadramento da empresa como contribuinte do ICMS. No caso presente, trata-se evidentemente de empresa voltada exclusivamente à prestação de serviços, que adquiriu mercadorias para o exercício de suas atividades, e não para comercialização. Acrescente-se que este entendimento já está pacificado neste Conselho de Fazenda, com várias Decisões semelhantes.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração em tela IMPROCEDENTE, modificando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 207140.0034/05-0, lavrado contra ORGANIZAÇÃO BAHIA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS