

PROCESSO - A. I. Nº 079269.0022/05-7  
RECORRENTE - JOICA ARTES GRÁFICA LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0155-03/06  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 16/11/2006

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0383-11/06**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Não restou provado na acusação fiscal que o sujeito passivo, inscrito no cadastro do ICMS na condição de contribuinte especial, desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme previsto, à época dos fatos geradores, no art. 352-A, § 1º, do RICMS/BA. Rejeitado o pedido de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 3ª JJF - Acórdão JJF nº 0155-03/06 - que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir ICMS antecipação parcial, no valor de R\$8.976,36, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

A Decisão recorrida foi de que apesar de constar nos documentos cadastrais e no contrato social que o autuado exerce a atividade de prestação de serviços de edição e impressão de produtos gráficos, as aquisições das mercadorias foram efetuadas à alíquota interestadual, conforme se constata nas notas fiscais objeto da autuação acostadas aos autos. Portanto, o caso em exame se enquadra na situação prevista no § 3º, do artigo 352-A, do RICMS-BA.

Assim, em Decisão não unânime, a JJF considerou subsistente a exigência fiscal.

Em Voto Discordante o ilustre julgador, Dr. Eduardo Ramos de Santana, entende que o contribuinte exerce exclusivamente prestação de serviços gráficos sob encomenda, atividade tributada pelo ISS, de competência municipal, fora do campo de incidência do ICMS.

Assim, sustenta que se trata de operação de aquisição de bens de uso/consumo praticado por estabelecimento não contribuinte do ICMS, em operação interestadual, na qual deve incidir a alíquota interna prevista no art. 155, VII, “b”, da Constituição Federal, cujo imposto é devido ao Estado remetente das mercadorias, no caso São Paulo.

Por fim, conclui que a aludida operação mercantil não se refere à aquisição de mercadoria destinada à comercialização, não ocorrendo o fato gerador do imposto, conforme definido em lei estadual.

No Recurso Voluntário, apresentado às fls. 114 a 123, preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração, por entender que o lançamento de ofício ocorreu sem nenhum respaldo legal, pois os dispositivos tidos como infringidos dizem respeito a empresas que vendem e circulam mercadorias, atividade na qual não se enquadra o recorrente, uma vez que somente atende os serviços de impressão de livros, revistas, jornais, periódicos e demais serviços gráficos sob encomenda e para uso do encomendante e consumidor final, os quais são excepcionados como serviços no campo da incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços, de competência Municipal. Cita diversos Acórdãos do CONSEF.

No mérito, pugna pela reforma da Decisão sob a alegação de que atua exclusivamente no ramo gráfico, conforme cópia do contrato social, prestando serviços sob encomenda, não se configurando a circulação de mercadorias em seu estabelecimento, cujas mercadorias são tributadas pelo ISS, pois são todas utilizadas na prestação de serviços sem a incidência do ICMS.

Salienta que a antecipação parcial ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, se creditando no livro próprio do valor do imposto antecipadamente pago.

Assim, requer, preliminarmente, seja decretado nulo e extinto o presente Auto de Infração, por carência de embasamento legal, ou, caso se adentre no mérito, que o mesmo seja julgado improcedente, dando provimento total ao Recurso Voluntário.

À fls. 163 e 164 dos autos, a PGE/PROFIS, através da sua i. representante, Dr<sup>a</sup>. Maria Dulce Baleiro Costa, opina pelo provimento do Recurso Voluntário, por entender que a premissa principal para incidência da antecipação parcial é a comprovação de que as mercadorias adquiridas se prestam à comercialização, conforme art. 352-A do RICMS/97. Sustenta que o previsto no § 3º do citado artigo deve ser interpretado em consonância com o caput do dispositivo legal, não se constituindo, pois, em regra autônoma, por se tratar de parágrafo.

Por fim, por entender 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, conclui que não se pode exigir a antecipação parcial do ICMS. Cita Acórdão nº.0075-11/06 da 1<sup>a</sup> CJF.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> Instância, que julgou procedente a exigência relativa à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, por pessoa jurídica inscrita no cadastro do ICMS na condição especial, citando o art. 352-A, § 3º, do RICMS.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração suscitado pelo recorrente, sob a alegação de que carece de embasamento legal, uma vez que a infração, objeto do lançamento de ofício em análise, está enquadrada no art. 352-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme transcreto:

*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.*

§ 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, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.

*[...]*

*§ 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:*

*Nota: A redação atual do § 3º do art. 352-A foi dada pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05). Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 352-A pela Alteração nº 57 (Decreto nº 9152, de 28/07/04, DOE de 29/07/04): "§ 3º Para os*

*efeitos deste artigo, serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial ou por contribuintes inscritos na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS."*

*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.*

Portanto, à época, dos fatos geradores constantes do Auto de Infração (08/2004 a 07/2005), vigia a redação anterior do § 3º, o qual estabelecia, para os efeitos da antecipação parcial do ICMS, que serão considerados para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial ou por contribuintes inscritos na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Contudo, por se tratar de Auto de Infração lavrado em estabelecimento comercial, relativo a fatos pretéritos, caberia ao autuante, quando da sua acusação fiscal, trazer aos autos a prova da sua imputação, de forma a instruir o processo administrativo fiscal com elementos que viessem a sustentar a infração atribuída ao sujeito passivo, ou seja, que se trata de contribuinte que desenvolve, concomitantemente, atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, cujo ônus da prova é de quem acusa, sob pena de obrigar o recorrente produzir a prova negativa.

Assim, se fazia a necessária comprovação pelo autuante, através dos documentos fiscais do recorrente, formulários de pedidos e outros, de que se trata de contribuinte que realiza também operações sujeitas à incidência do ICMS, o que não ocorreu, o que ensejaria na hipótese legal prevista, à época, no art. 352-A, § 3º, do RICMS, considerando que se trata de contribuinte que exerce a atividade de indústria gráfica, cuja legislação específica estabelece a competência da cobrança do imposto para o Município.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE, pois comungo com o Parecer da PGE/PROFIS de que a premissa principal para incidência da antecipação parcial é a comprovação de que as mercadorias adquiridas se prestam à comercialização, conforme art. 352-A do RICMS/97.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 079269.0022/05-7, lavrado contra JOICA ARTES GRÁFICAS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS