

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0115/05-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SERPAL ENGENHARIA E CONSTRUTORA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0190-05/06
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 23/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0469-12/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Acusação insubsistente tendo em vista que nas aquisições interestaduais de mercadorias para aplicação na execução de obra contratada por terceiros não há sujeição à antecipação parcial do ICMS. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0190-05/06, em face de ter havido prejuízo ao Fisco Estadual, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000

O Auto de Infração em lide exige o pagamento de ICMS no valor total de R\$50.921,18, em razão da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização.

O autuado, em sua defesa, alegou que não há incidência de ICMS nas operações em exame, por se tratarem de: transferências de mercadorias emitidas por microempresas no fornecimento de materiais adquiridos de terceiros, para aplicação em obra; ou relativo a saída de máquina, veículo, ferramenta ou utensílio para prestação de serviço em obra, retornando ao estabelecimento remetente.

Salientou que se encontra inscrito neste Estado, porém com indicação de que não é contribuinte do ICMS, uma vez que exerce como atividade econômica, serviços técnicos de engenharia (execução por administração, empreitada ou sub-empreitada de obras de engenharia civil).

Afirmou que sua atividade não está sujeita à antecipação parcial do ICMS, conforme se comprova da leitura dos incisos I e/ou II, do § 1º do artigo 352-A, do RICMS/97. Além da sua condição de não contribuinte, aduziu que as transferências de mercadorias efetuadas pelo autuado no período em questão são hipóteses inseridas no art. 355, do RICMS/97.

Disse que, buscando elucidar a questão, apresenta demonstrativo (fls.28/30) e anexa aos autos todos os documentos que comprovam suas alegações.

Acrescentou que o Parecer Normativo 09/79 dispõe que não há incidência do ICMS no ramo da construção civil, e que como realiza apenas operações enquadradas como prestações de serviços, não se enquadra na condição de contribuinte do ICMS.

Ao final, ressaltando que é contribuinte do ISS, requereu que o Auto de Infração fosse julgado insubsistente.

Na informação fiscal o autuante entendeu que resta comprovado que as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais de 2004 (nºs 70, 669, 670, 1797, 83260, 246, 1789, 3296) e 2005 (nºs 229, 20749, 2124), são relativas à compra de mercadorias em outro Estado, para aplicação em obra de

engenharia neste Estado, cabendo a cobrança da antecipação tributária. Apresentou demonstrativo, reduzindo o valor da infração para R\$ 5.198,10.

O autuado ratificou sua defesa inicial, acrescentando, ainda, que as Notas Fiscais nºs 669, 670, 83260, 1789, 229, 20749 e 2124, mencionadas pelo autuante em sua informação fiscal, não foram emitidas contra a empresa autuada.

Ao final, ressaltando que as Notas Fiscais nºs 1797, 246 e 3296, se referem a simples remessa de equipamentos ou a simples transferência de mercadorias, voltou a pedir a insubsistência da autuação.

Através do Acórdão JIF nº 0190-05/06, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da autuação, sob o entendimento de que:

- a) *“não é devida a antecipação parcial nas aquisições de mercadorias isentas, imunes, destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento”*; logo, *“As mercadorias adquiridas para fazer parte de processo de industrialização, ou que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS, também não estão sujeitas ao pagamento da Antecipação Parcial”*;
- b) asseverou que *“O sujeito passivo se encontra inscrito neste Estado, porém com indicação de que não é contribuinte do ICMS, uma vez que exerce como atividade econômica, serviços técnicos de engenharia (execução por administração, empreitada ou sub-empreitada de obras de construção civil)”*, razão pela qual ficou evidenciado que *“a atividade exercida pelo autuado gera obrigação para com o Fisco Municipal (ISS), e dessa forma, por ser contribuinte do ISS, as mercadorias adquiridas através das notas fiscais, objeto deste Auto de Infração, não estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS, pois não são destinadas à comercialização”*;
- c) invocou e transcreveu o §3º do artigo 352-A, do RICMS/97, para ressaltar que existe a obrigação do recolhimento da antecipação parcial para empresas que desenvolvam atividades sujeitas ao ISS, somente se concomitantemente tais empresas também desenvolverem atividades sujeitas ao ICMS, ou seja, caso pratiquem atividade mista, o que não é o caso do autuado;
- d) além disso, prosseguiu, *“a Diretoria de Tributação da SEFAZ também coaduna com essa posição, ao se manifestar em diversos Pareceres pela não aplicabilidade do regime de antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias para aplicação na execução de obra contratada por terceiros, em face da inexistência de intuito de revenda ou comercialização das mercadorias adquiridas”*.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* proferido em primeira instância, devendo a mesma ser mantida, em todos os seus termos, como se aqui estivessem literalmente transcritas.

Restou demonstrado que a atividade exercida pelo autuado gera obrigação para com o Fisco Municipal (ISS), razão pela qual as mercadorias adquiridas através das notas fiscais, objeto deste Auto de Infração, não estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS, eis que não são destinadas à comercialização.

Ademais, como disposto no §3º, do art. 352-A, do RICMS/97, a obrigação do recolhimento da antecipação parcial para empresas que desenvolvam atividades sujeitas ao ISS, somente se justifica se, concomitantemente, tais empresas também desenvolverem atividades sujeitas ao ICMS, o que não só ocorrer no caso vertente.

Outrossim, a própria Diretoria de Tributação da SEFAZ também adota tal posicionamento através de inúmeros Pareceres, em face da inexistência de intuito de revenda ou comercialização das mercadorias adquiridas.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272041.0115/05-3, lavrado contra **SERPAL ENGENHARIA E CONSTRUTORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS