

A. I. N° - 207140.0033/05-4
AUTUADO - POSTDATA SERVIÇOS E GESTÃO DE SAÚDE LTDA.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 04. 04. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-04/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA. Comprovado que a empresa atua exclusivamente no ramo de prestação de serviços, e que as mercadorias adquiridas são utilizadas na prestação de serviços sem a incidência do ICMS. Dessa forma, o autuado não está sujeito ao pagamento da Antecipação Parcial. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/10/2005, exige ICMS no valor de R\$ 6.111,72 e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 28 a 38, na qual aduz que a impugnante é pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social é a prestação de serviços de assessoria, administração, gestão de estabelecimentos hospitalares e de saúde, administrativos, processamento de dados, informática, recepção, atendimento, tele-atendimento, recrutamento e treinamento de pessoal, conforme se observa da cláusula 14ª do Contrato Social, que anexa. Assim, afirma que a autuação carece de fundamento jurídico, pois prestadora de serviços que é, adquiriu bens para uso e consumo, a exemplo de fardamento, calçados, meias e peças de informática para uso nas suas instalações, na qualidade de consumidor final, estando patente que tais bens não eram destinados à comercialização.

Lembra que no próprio site da SEFAZ, há esclarecimento de que somente ocorre a antecipação parcial do imposto nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, o que não se ajusta ao presente caso. Ressalta que sobre a atividade da impugnante incide apenas o ISS, em face do que taxativamente estabelece o § 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 116/04. Coaduna-se, portanto o disposto acima o quanto estabelece o art. 2º, IV e V da LC nº 87/96, que estabelece o campo de incidência do ICMS, excluindo do seu campo o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, salvo as exceções expressas.

Ressalta que em nenhuma hipótese poderia o Estado da Bahia exigir ICMS sobre as aquisições, em outros estados, de bens de uso e consumo. Lembra que a Procuradoria da Fazenda Estadual, exercendo o controle da legalidade dos atos administrativos, editou o Ato Declaratório nº 02/2002. onde reconhece ser indevido qualquer 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 interestaduais de bens para o seu ativo imobilizado ou de bens de uso e consumo ou materiais de consumo do seu estabelecimento, haja vista não serem essas empresas contribuintes do ICMS e sim do ISS.

Cita o Ato Declaratório de nº 03/2003, da Procuradoria da Fazenda Estadual, no qual reconhece que a cobrança de ICMS somente pode ocorrer quando configurada a hipótese de incidência da circulação jurídica de mercadorias, e não de bens. Na mesma seara o Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria.

Ressalta que a norma matriz de ICMS impõe, para efeito de pagamento do adicional de alíquota, nas hipóteses de transação interestadual, a condição de contribuinte ao destinatário final, excluindo expressamente, de tal incidência os casos nos quais a aquisição é feita por prestador de serviços, havendo ilegalidade na disposição do art. 352-A. § 3º do RICMS/BA.

Alerta para o fato de que a impugnante ter optado por se inscrever no cadastro estadual como “contribuinte especial”, não significa que reconhece uma obrigação tributária com o fisco estadual e pede a improcedência da autuação.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 61 a 62, e ratifica o Auto de Infração, com base no art. 352-A, § 3º do RICMS/97, além do que o autuado não informou a seus fornecedores a sua condição de não contribuinte e foi beneficiado indevidamente com a alíquota interestadual naquelas operações. Ademais, caberia ao autuado exigir dos fornecedores a nota fiscal complementar do imposto, o que não foi feito.

VOTO

O Auto de Infração em exame exige a antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização.

A antecipação parcial ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, inclusive a título de transferências entre as empresas.

Contudo, 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.

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.

O sujeito passivo atua na prestação de serviços de assessoria, administração, gestão de estabelecimentos hospitalares e de saúde, administrativos, processamento de dados, informática, recepção, atendimento, tele-atendimento, recrutamento e treinamento de pessoal, conforme se observa da cláusula 14ª do Contrato Social, que anexa., fato confirmado mediante pesquisa no sistema de informações da SEFAZ, onde não consta qualquer recolhimento da empresa a título de ICMS.

Portanto, resta comprovado 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 e listadas às fls. 07/08, não estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS.

Vale ainda acrescentar, que no dispositivo legal mencionado pelo autuante (§3º do artigo 352-A, do RICMS/97), que abaixo transcrevo, a obrigação do recolhimento da antecipação parcial para empresas que desenvolvam atividades sujeitas ao ISS, só ocorre se concomitantemente tais empresas também desenvolverem atividades sujeitas ao ICMS, ou seja, caso pratiquem atividade mista, o que não é o caso do autuado:

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, 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 (grifo não original).

Ressalto que em processo relativo à empresa que atua no ramo gráfico, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em Recurso de Ofício, do qual foi relatora a Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, manteve a improcedência da infração, em matéria semelhante, por ser o autuado, contribuinte do ISS, conforme **ACÓRDÃO CJP Nº 0320-11/05**, no qual transcrevo a decisão:

“A Decisão da JJF é inquestionável, pois se vale do que determina o § 3º, do art. 352-A do RICMS, onde está consagrada a isenção do contribuinte ao pagamento do ICMS, isto porque, sendo o mesmo contribuinte do ISS, e não exercendo atividade mista, as mercadorias adquiridas através das notas fiscais objeto do presente Auto de Infração e acostadas aos autos as fls. 05 a 11, não estão sujeitas à antecipação parcial do ICMS.

Diante do exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para que se mantenha a Decisão da 4ª JJF, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207140.0033/05-4**, lavrado contra **POSTDATA SERVIÇOS E GESTÃO DE SAÚDE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR