

A. I. Nº - 276473.1204/07-9
AUTUADO - SANCOL – SANITIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 17. 07. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-01/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. É legal a exigência do ICMS referente à antecipação parcial, em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização. O disposto no § 3º do art. 352-A não alcançou todo período objeto da cobrança. Infração mantida parcialmente. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade e rejeitado o pleito pela apresentação de novas provas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2007, atribuindo ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relativas aos meses de março a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a setembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$ 90.044,55, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 31 a 38, asseverando que as mercadorias adquiridas se referem a produtos de limpeza, utilizados para a assepsia de seu estabelecimento, não se destinando, assim, à comercialização. Argumenta que de acordo com o seu contrato social (fls. 39 a 46) suas atividades se referem a asseio, limpeza e conservação de imóveis.

Esclarece existir uma grande diferença entre a comercialização de mercadorias e a sua utilização como produto final, acrescentando que em relação ao ICMS o contribuinte de direito é aquele designado em lei, não se enquadrando nesse tipo o consumidor final, razão pela qual este não é considerado pela Fazenda do Estado como parte legítima para impor a cobrança do fato gerador desse imposto na presente situação.

Assevera ser absolutamente inconstitucional a cobrança, desde quando os materiais são utilizados na higienização da empresa Suzano Papel e Celulose S/A. Transcreve o art. 6º, incisos I a V do RICMS/97, assim como o inciso VI, *caput*, e os §§ 3º e 4º do art. 150, da Constituição Federal de 1988, ressaltando não restar dúvida que nos casos em que a empresa se utiliza de produtos como último destinatário não incide o ICMS.

Acrescenta que de acordo com o entendimento verificado em respostas a diversas consultas efetuadas junto à Inspetoria Fazendária, o consumidor final não é responsável pelo pagamento do ICMS, quando adquire produtos para essa finalidade, em conformidade com as transcritas ementas relativas às consultas de nº.s 02/04 e 63/04.

Argúi ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, desde quando no próprio *site* da SEFAZ/BA a respeito de dúvidas atinentes à antecipação parcial do ICMS, consta no item 4 que não

ocorre incidência do imposto sendo “*as mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento*” e no caso de “*mercadorias não destinadas à comercialização*”.

Conclui que com base na mais respeitada jurisprudência, tem o direito de se insurgir contra a cobrança do ICMS lançado na presente autuação.

Solicita que seja dado provimento à impugnação, para ser declarada a improcedência do Auto de Infração, com a baixa dos respectivos débitos. Protesta, ainda, pelo direito de provar o alegado pelos meios admitidos administrativamente ou, se for o caso, judicialmente.

O autuado anexou às fls. 49/50 o Parecer GECOT/DITRI nº 13.158/2007, proferido em resposta a consulta relativa à aquisição de mercadorias utilizadas como insumo em processo industrial, cuja conclusão é no sentido da inaplicabilidade do regime da antecipação parcial do imposto.

A autuante, em informação fiscal produzida à fl. 53, afirma que apesar da alegação do contribuinte de que não é devedor do imposto, o RICMS/97, por meio do transcrito § 3º, inciso I do art. 352-A, prevê a incidência do ICMS referente à antecipação parcial nas hipóteses de aquisições interestaduais de mercadorias por contribuintes inscritos no regime especial, sem a aplicação da alíquota correspondente à operação interna.

Sugere a procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Constato que a infração decorreu da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, correspondente a produtos adquiridos por contribuinte inscrito na condição de especial, tendo em vista a utilização da alíquota interestadual pelos fornecedores dos materiais.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade do lançamento, deixo de apreciá-la, tendo em vista que de acordo com o art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Rejeito o pedido pela apresentação de novas provas, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

No mérito, verifico que a acusação fiscal versa sobre a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, em decorrência da aquisição de mercadorias em outros Estados, com destinação equiparada à comercialização, com base no item I do § 3º do art. 352-A do RICMSA/97, isto é, por se referir a pessoa jurídica inscrita no cadastro do ICMS na condição de especial que adquire mercadorias cujo imposto tenha sido calculado com a alíquota interestadual.

O autuado pugna pela improcedência, alegando que os materiais adquiridos se destinam ao uso na prestação de serviços não tributados pelo ICMS.

A autuante mantém a imposição fiscal, baseando-se, para tanto, na previsão estipulada pelo inciso I do § 3º do art. 352-A do RICMS-BA/97 que equipara a “comercialização” às aquisições interestaduais de mercadorias por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS/BA na condição de especial.

Analisando o contrato social do autuado, vejo que em 20/05/2003 ocorreu uma mudança de sua atividade, que passou para “*prestação de serviços de limpeza e, conservação de imóveis predial e industrial, sanitização, jardinagem locação de máquinas e equipamentos, mão de obra não especializada e silvicultura*” (fls. 42 a 47), deixando, portanto, de incluir o “comércio em geral”. Observo que, no entanto, este fato por si só não descaracteriza a exigência tributária, tendo em vista que ao adquirir mercadorias em outros estados beneficiando-se da aplicação da alíquota interestadual, o contribuinte se beneficia por efetuar o pagamento de valores inferiores àqueles praticados para prestadores de serviço não equiparados a comerciantes.

Ressalto que para o caso em tela o § 3º, do art. 352-A, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência do fato gerador, que transcrevo abaixo, estabelece que devem ser consideradas como destinadas à comercialização as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, que sejam tributadas com base na alíquota interestadual, sendo devido o ICMS referente à antecipação parcial.

“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:

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 – ISS.”

Considerando que o sujeito passivo desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao ISS e tendo em vista que as operações de aquisição foram tributadas pelos remetentes com a alíquota aplicável a operações interestaduais, efetivamente a situação se enquadra na disposição regulamentar acima prevista.

Vale a pena aqui registrar que na presente situação, o autuado, ao adquirir produtos em outros Estados com a utilização da alíquota interestadual, muito embora possa ser enquadrado na condição de consumidor final, ao se utilizar da inscrição estadual em decorrência do fato de se encontrar inscrito como contribuinte especial, acarreta concorrência desleal com as demais empresas aqui estabelecidas, que adquirem seus produtos na condição de consumidor final, portanto com carga tributária cheia.

Ressalto, no entanto, que o § 3º do art. 352-A do RICMS/97 somente passou a vigor a partir de 01/08/2004, razão pela qual se impõe a exclusão dos valores exigidos em relação às datas anteriores, ou seja, aos meses de março a julho de 2004. Deste modo, o valor do débito passa para o montante de R\$ 81.167,72.

Observe que os pareceres relativos às consultas de nºs 02/04 e 63/04, citados pelo autuado não guardam correlação com a situação aqui em discussão, uma vez que se referem a crédito fiscal, respectivamente em relação a partes e peças de reposição e a insumos utilizados no processo industrial, e combustíveis, lubrificantes, pneus e câmaras de ar, utilizados na extração.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **276473.1204/07-9**, lavrado contra **SANCOL – SANITIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81.167,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR