

A I Nº - 298578.0020/08-9
AUTUADO - TECTENGE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25.03.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0046-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre as alíquotas interna e a interestadual. Restou comprovado que partes das mercadorias não era destinada a comercialização. Reduzido o débito. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 18/04/08, e exige ICMS acrescido da multa de 50%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado - R\$23.242,59.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 186 a 216), inicialmente discorre sobre a infração e diz que com a implementação do SIMBAHIA (Lei 7.357/1998) e alterações posteriores, ficou estabelecido o regime para apuração do ICMS das micro e pequenas empresas com tributação por alíquotas fixas ou percentual de acordo com a faixa de enquadramento da receita bruta ajustada, com exclusão de qualquer outra modalidade de tributação, inclusive, a antecipação tributária, ainda que parcial.

Argumenta que ao optar pelo regime do SIMBAHIA, o ICMS recai sobre a receita bruta ao invés da tributação apurada no conta corrente fiscal, deixando de haver compensação de créditos e débitos de ICMS ou aplicação da substituição tributária (antecipação ou diferimento). Salienta que a finalidade do regime simplificado foi atender a dispositivo constitucional impositivo para a simplificação e redução da carga tributária para micro e pequenas empresas (art. 179, CF/88).

No seu entendimento, a Lei Estadual de nº 8.901/03 descaracterizou todo o sistema simplificado de tributação ao possibilitar expressamente, para os casos de microempresas, a aplicação de antecipação e substituição tributária, bem como a alteração feita na Lei Estadual do ICMS (7.014/96) pela Lei nº 8.967/03, que inseriu o art. 12-A e dispôs sobre aplicação da antecipação parcial independente do regime de apuração do ICMS (art. 345-A do RICMS/BA). Contesta que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação, consequentemente, os integrantes do SIMBAHIA terão que antecipar parcialmente o ICMS e pagá-lo novamente sobre a receita bruta ajustada, sem direito a qualquer crédito.

Afirma que o sistema simplificado foi descaracterizado implicando em violação à Carta Magna de 1988, resultando em confisco e oneração das micro e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que se submetem ao regime normal de tributação, ao incluir a antecipação parcial, mas mantendo a vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais.

Questiona como pode ser concebido que um contribuinte pague ICMS sobre a receita bruta ajustada (alíquotas que chega a 6%) e efetue antecipação parcial de ICMS com aplicação de

alíquota interna (17% por exemplo)? Como antecipar o que não se paga? Além de não poder utilizar crédito dos valores pagos, é ou não um evidente confisco?

Transcreve às fls. 191/192 orientações contidas no site da Secretaria da Fazenda (www.sefaz.ba.gov.br). Ressalta que a opção feita à época da instituição do SIMBAHIA não permitia o enquadramento ou incidência de qualquer antecipação ou substituição tributária, o que favorecia o pequeno e o micro empresário como forma de incentivo em reduzir a carga tributária e simplificar as obrigações fiscais, mas que as alterações procedidas na Lei que regulamenta o ICMS desvirtuaram o regime simplificado.

Contesta o argumento que se trata de opção do contribuinte pelo regime, por entender que o fato de ser uma “opção” não autoriza o Estado criar ou tornar um sistema inconstitucional, violando as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Transcreve citações de diversos professores para reforçar o seu posicionamento de que a mudança promovida na legislação tributária do Estado da Bahia que passou a exigir o ICMS antecipação parcial dos contribuintes optantes do SIMBAHIA sem a possibilidade de utilização de qualquer crédito fiscal, configurando tomada compulsória da propriedade privada do indivíduo sem a co-respectiva indenização. Entende que tal procedimento contraria o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

Argumenta que o princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, §1º, da Constituição Federal, obriga o legislador a graduar o tributo de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte, criando deveres tributários iguais para todos, mais leves para os economicamente mais fracos e mais pesados para aqueles de maior capacidade contributiva. Transcreve trechos publicados de diversos doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que a capacidade contributiva, ao lado da garantia da propriedade, fundamenta o princípio da vedação de confisco.

Alega que a lei do SIMBAHIA veda a utilização de qualquer crédito fiscal, em detrimento da utilização de crédito do ICMS antecipação parcial pelas empresas optantes pelo regime Normal de tributação, inclusive com carga tributária menor aos atacadistas que usufruem de redução da base de cálculo nas operações subsequentes, conforme modelo matemático apresentado (fls. 203/205).

Ressalta ainda que os contribuintes em débito com o Estado da Bahia não podem optar pelo regime do SIMBAHIA, enquanto que os contribuintes submetidos ao regime normal de tributação podem compensar os valores pagos a título de antecipação parcial, ou seja, não sofrem confisco nem maior carga tributária do ICMS, face à possibilidade de efetuarem a compensação.

Salienta que os artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal estabelecem que deve ser assegurado tratamento diferenciado favorecendo as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Destaca que em respeito aos citados princípios constitucionais, o Estado da Bahia, não poderia modificar o sistema implantado pelo SIMBAHIA de forma a inadmitir o uso de qualquer crédito, o que gera um verdadeiro confisco da antecipação parcial do ICMS, ainda, com um pagamento de ICMS maior que empresas na condição de regime normal.

No mérito, argumenta que a empresa atua de forma preponderante no ramo de prestação de serviço sujeito ao ISSQN, conforme código fiscal com a descrição da atividade econômica principal: 43.22-3-02-Instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração e atividades secundárias 43.21-5-00 - Instalação e manutenção elétrica; 43.22-3-01 - Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás e 43.29-1-99-Outras obras de instalações em construções não especificadas anteriormente.

Afirma que o balanço referente ao exercício de 2004 indica que a Receita Líquida Operacional

engloba o seguinte: I) Receita Líquida Comercial R\$261.026,67 e II) Receita Líquida de Serviços R\$4.800.853,65, correspondendo a mais de 90% de receita líquida de prestação de serviço.

Afirma que consoante livro razão, em anexo, as aquisições de mercadorias estão lançadas na conta de materiais aplicados em serviços e poucas notas fiscais ultrapassam a cifra dos R\$5.000,00, são aquisições de pequena monta para reparo dos aparelhos e que não podem ser taxadas de aquisição para fins de comercialização que se coaduna com a regra prevista no art. 352-A do RICMS/BA para o pagamento do ICMS antecipação parcial.

Diz que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas com destinação de uso e consumo na atividade de prestação de serviço, posto que se trata de peças para a realização de manutenção e instalação de equipamento de ar condicionado, a exemplo: rotor para ventilador; conjunto ventilador; motor BRA; Ambientech 212 é um poderoso produto recomendado para “limpezas pesadas”; tetrafluoretano r134a – gás refrigerante utilizado na reposição para manutenção dos sistemas de ar condicionado; Chave de fluxo de ar; Válvula 3 vias; Gás R11 - Gás usado na limpeza interna do sistema do ar condicionado; e demais produtos adquiridos para manutenção de sistemas de ar condicionado.

Destaca que as notas fiscais anexadas ao processo, na sua grande maioria das mercadorias são adquiridas na quantidade de uma ou duas peças, exceto os gases que a reposição e limpeza dos sistemas de refrigeração são constantes, ou no caso de terminais elétricos e capa de borracha quando da instalação de sistemas de ar condicionado, tudo porque os materiais são utilizados para a prestação de serviço e não destinadas a comercialização.

Argumenta que conforme disposto no art. 144 do Código Tributário Nacional (CTN), o lançamento deve reportar-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Afirma que na situação presente, só poderia ser cobrado o ICMS antecipação parcial de mercadorias cujos contribuintes exerciam exclusivamente a atividade comercial, tudo por força do RICMS/BA, excluindo a cobrança nas hipóteses de exercício de atividade industrial, construção civil e prestação de serviço nos termos do art. 125, “f” do citado diploma legal vigente à época de ocorrência de parte dos fatos geradores.

Admite que só com a alteração 57 do RICMS/BA, com a inserção do § 3º do art. 352-A (Dec. 9.152 de 28/07/04), passou a presumir que as operações com mercadorias destinadas a contribuintes na condição de contribuintes normal ou contribuinte especial que exerciam atividade sujeitas ao ICMS e ISSQN estariam sujeitos à cobrança da antecipação parcial,

Alega que inscrito no SIMBAHIA, exercendo atividade sujeita ao ICMS e ISSQN até o final de 2004, tendo adquirido mercadorias com aplicação de alíquota interestadual, falta previsão legal para a cobrança do ICMS antecipação parcial até o momento da publicação da alteração 57 do RICMS.

Ressalta que, apenas com a alteração 66 do RICMS foi unificada a cobrança do ICMS antecipação parcial para empresas com atividade sujeitas ao ICMS e ao ISSQN, ressaltando que só para empresas que possam ser caracterizadas como atividade mista, porque sua atividade preponderante é de prestação de serviço e a autuante não poderia fazer retroagir a norma para cobrar a antecipação parcial sobre fatos pretéritos, que não estavam autorizados por lei, em função do princípio da legalidade.

Salienta que o próprio RICMS procurou desonerar a prestação de serviço, vedando a exigência do ICMS da diferença de alíquotas nos casos em que o contribuinte adquira mercadorias a serem aplicadas na prestação de serviço (art. 7º, I), inclusive tendo já havido decisões do CONSEF neste sentido, conforme transcrição às fls. 213/214 de parte do Acórdão JF 0254/00.

Com relação às notas fiscais de nºs 002509, 016928, 175214, diz que se trata de mercadorias retornadas do Estado de São Paulo, em virtude de conserto e não há incidência do ICMS, inclusive com a indicação de não incidência do Regulamento do ICMS Paulista (art. 7º, X), bem

como suspensão de incidência do imposto prevista no art. 628 do RICMS/BA.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, por ser de Direito e de Justiça.

A autuante, na informação fiscal prestada às fls. 414 e 415, inicialmente informa que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS antecipação parcial relativo a notas fiscais de entradas de mercadorias fornecidas pelo contribuinte e coletadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT).

Com relação à alegação defensiva da impossibilidade de exigência do ICMS antecipação parcial dos optantes do SIMBAHIA, contesta dizendo que conforme disposto no art. 352-A do RICMS/BA, ocorre a obrigação de pagamento do imposto nas entradas interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, independentemente do regime de apuração adotado.

Esclarece que a empresa tem como atividade principal a instalação e manutenção de sistemas de centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração e que mesmo que a prestação de serviço esteja sujeita ao ISSQN, a lista de serviços inserida na Lei Complementar 116/03 prevê que há incidência do ICMS sobre o valor das peças fornecidas juntamente com o serviço prestado ao cliente. Diz que no caso em questão, com base nas notas fiscais de entrada, além da manutenção, o autuado também realiza instalação de centrais de ar condicionado.

Ressalta que nos contratos de manutenção efetivados pelo autuado, a troca de peças é feita mediante orçamento e autorização prévia do cliente que paga tanto o serviço como a peça, excetuando a troca de gás que em geral é fornecido gratuitamente.

Destaca que no caso de instalação, há preponderância de valor das peças sobre o serviço, sendo ambos pagos pelo cliente, e que o fato das peças serem adquiridas em pequeno volume corrobora o entendimento de que visa atender pedidos de manutenção. Salienta que caso as peças fossem adquiridas para prestação de serviços de modo geral, o autuado teria adquirido um volume maior para garantir o atendimento de sua carteira de clientes. Exemplifica que conforme nota fiscal de entrada acostada à fl. 61, o compressor 75BFH3 tem valor de R\$1.893,00 e o preço de instalação deste equipamento não supera o seu custo, o que inviabilizaria sua instalação.

Chama a atenção que as notas fiscais de entrada relativas à aquisição de peças apresentam alíquota interestadual, não destinada a consumidor final, visto que foram adquiridas para serem utilizadas na instalação ou manutenção prestada a clientes que pagam pelas peças e serviço prestado.

Por fim, conclui que as justificativas apresentadas pelo recorrente não comprovam a utilização para consumo das mercadorias adquiridas, bem como a natureza de suas atividades englobam prestação de serviços com fornecimento de peças comercializadas para os clientes e que “na maioria das situações, apresenta valor significativo, quando comparado ao valor do serviço”.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS antecipação parcial em decorrência da falta de recolhimento do imposto, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Na defesa apresentada, o autuado alegou impossibilidade da exigência do ICMS antecipação parcial dos contribuintes optantes do SIMBAHIA, por entender que distorce o regime original para apuração do ICMS das micro e pequenas empresas, visto que o ônus desta modalidade não pode ser compensado com o débito gerado com tributação por alíquotas fixas ou percentuais aplicados de acordo com a faixa de enquadramento da receita bruta.

Observe que pelos elementos constantes do processo, o autuado tem como atividade econômica principal a instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração (CFOP 43.21.5.00) e como atividades secundárias, instalação e manutenção elétrica, hidráulica, sanitária e de gás e outras obras de instalações em construções não especificadas.

Pelas cópias das notas fiscais juntadas ao processo (fls. 15 a 180) constato que se trata de aquisições interestaduais de motores (fl. 46), ventiladores (fl. 52), dutos de aço galvanizado (fls.

58, 94), compressores (fls. 61, 129, 130), equipamentos como unidade evaporadora de ar (fl. 65), feixe de evaporador (fl. 78) e outras peças e insumos aplicados na prestação de serviços (corda, correia, estopa, lixa, óleo, vaselina, gás frigen, oxigênio, nitrogênio, transmissão, rotor/ventilador, tubo de cobre flexível, vareta de solda, term. eletrônico, abraçadeira, correia, cabo, tinta, motor, porca, termostato, escova, curva de cobre, tampão, placa de sensor).

De acordo com a atividade econômica exercida pelo autuado de instalação e manutenção de centrais de ar condicionado, elétrica e hidráulica, o fornecimento de peças, aparelhos, máquinas e equipamentos estão sujeitos à tributação do ICMS mesmo que concomitantemente seja prestado o serviço correspondente de instalação ou manutenção de acordo com o disposto no art. 2º, V da Lei Complementar 87/96, o imposto incide sobre o “fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual”.

Portanto, o contribuinte só estaria desonerado da tributação do ICMS, conforme indicado no item 14.06 do Anexo 1 do RICMS/BA, quando a instalação ou montagem prestada ao usuário final ocorra “exclusivamente com material fornecido” pelo contratante do serviço, que não se aplica à situação presente, visto que as operações de aquisições de peças, máquinas e equipamentos objeto da autuação, foram feitas pelo impugnante em operações interestaduais e pressupõe-se que sejam cobradas dos contratantes dos serviços, a exemplo de aquisição de compressor no valor de R\$2.590,00 consignado na nota fiscal 1771 juntada à fl. 180. Concluo que pelo exercício da atividade de prestação de serviço do estabelecimento autuado, o serviço é tributado pelo ISS, exceto as mercadorias que são tributadas pelo ICMS.

Com relação à exigência do ICMS antecipação parcial de contribuintes inscritos no SIMBAHIA, conforme ressaltado pelo autuado esta modalidade de imposição foi instituída pela Lei 8.967/03 que acrescentou o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, produzindo efeitos a partir de 01/03/04, incidente sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal.

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 as mercadorias adquiridas em outros Estados são destinadas à comercialização ou prestação de serviço, que conforme anteriormente apreciado, não sendo fornecida pelo tomador do serviço, são tributadas pelo ICMS. É certo que algumas mercadorias adquiridas, a exemplo de estopa, devem ser aplicadas na prestação de serviço, mas tem valor pouco relevante em comparação com a aquisição de um compressor no valor de R\$1.893,00 (fl. 61) e R\$2.735,00 (fl. 130), que certamente são vendidos ou repostos o que denota ato mercantil com incidência do ICMS.

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. Logo, as operações em questão não se encontram amparadas nas situações de exceção e são tributadas pelo ICMS.

Convém ressaltar que as cópias de contratos de prestação de serviços juntados com a defesa às fls. 240/296 não fazem prova a favor do autuado, a exemplo dos contratos:

- a) Caixa Econômica Federal (fl. 254), a Cláusula 7ª, III prevê que a contratada “será responsável pela mão-de-obra e todas as peças necessárias para o perfeito funcionamento dos equipamentos objeto deste Contrato”. Logo, o contribuinte deveria faturar o valor do serviço tributado pelo ISS e o valor das peças que adquiriu tributado pelo ICMS, como previsto na legislação e apurando como EPP, incluindo o valor das peças na receita bruta;

- b) Fundação Pedro Calmon (fl. 281), a Cláusula 1ª, §3º prevê que “a reposição de peças somente poderá ser efetuada após a autorização da contratante, mediante apresentação de orçamento prévio, com a discriminação do quantitativo ... sob pena de não ser efetivado o respectivo pagamento”. Da mesma forma, o contribuinte deveria faturar o valor do serviço tributado pelo ISS e o valor das peças que adquiriu tributado pelo ICMS, como previsto na legislação.

No que se refere ao entendimento manifestado na defesa de que só a partir da alteração 57 (29/07/04) poderia ser exigido ICMS de empresas que exerciam atividade mista, verifico que o § 3º inserido no art. 352-A do RICMS estabeleceu:

§ 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.

O citado dispositivo não criou nenhuma situação nova de tributação, apenas explicou que nas situações em o contribuinte inscrito no cadastro do ICMS na condição de especial (que em alguns casos não são contribuintes do ICMS) ou na condição de normal que desenvolva atividade mista, ao adquirirem mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação da alíquota interestadual, seria considerado para fins de comercialização. Como as aquisições interestaduais de mercadorias por contribuintes na condição de consumidor final são tributadas pela alíquota cheia (art. 155, VII, “b” da Constituição Federal), o legislador pretendeu apenas tributar operações desta natureza que tivessem sido tributadas pela alíquota interestadual.

Por isso, não acato o argumento de que o lançamento não estava adequado à lei vigente na data da ocorrência dos fatos geradores, mesmo porque o dispositivo citado trata-se de regulamentação da Lei a qual não foi modificada, como disposto no art. 144 do CTN.

Convém ressaltar que em determinadas situações em que ficou comprovado que o destinatário adquiriu os bens na condição de consumidor final e não era contribuinte do ICMS, o CONSEF decidiu pela inaplicabilidade do citado dispositivo por entender que 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. Entretanto, não se aplica às operações em questão, tendo em vista o estabelecimento autuado não estava inscrito no cadastro do ICMS na condição de especial ou do cadastro normal no período fiscalizado, bem como as mercadorias adquiridas são empregadas em prestação de serviço, excetuando as mercadorias que são tributadas pelo ICMS.

Ressalto ainda que, embora o art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal estabeleça que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, por decisão da maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADIN 3426 negaram a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual 8.967/03, que instituiu a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa, entendendo que tal situação é expressamente autorizada na CF pelo artigo 150, parágrafo 7º. Portanto, é legal e constitucional a exigência do ICMS antecipação parcial dos estabelecimentos inscritos no regime simplificado (SIMBAHIA).

Com relação ao argumento de que sendo optante do SIMBAHIA, além de pagar o ICMS antecipação parcial sem direito a crédito, paga o ICMS também sobre a receita bruta, faço as seguintes observações:

- 1) No cálculo do ICMS antecipação parcial é aplicada a alíquota interna sobre a base de cálculo e deduzido o imposto que foi pago ao Estado de origem, esta dedução embora não escriturada

nos livros próprios, constitui de fato um crédito fiscal na apuração desta modalidade do imposto;

- 2) No regime normal de apuração do ICMS é aplicada a alíquota interna sobre as operações subsequentes e deduzido o imposto pago na operação de aquisição (inclusive da antecipação parcial). Nesta situação a alíquota aplicada preponderante é de 17%, enquanto para os estabelecimentos inscritos no SIMBAHIA como EPP, no período fiscalizado se aplicava percentuais que variavam de 2,5% a 6% (art. 7º da Lei nº 8.901/03) e vedada a utilização do crédito fiscal relativo ao ICMS antecipação parcial recolhido.

Pelo exposto, observo que o contribuinte deveria optar pelo regime de tributação adequado ao seu negócio que lhe fosse menos oneroso, desde que preenchesse os requisitos exigidos, podendo utilizar o crédito fiscal do ICMS em conformidade com a legislação do imposto. Tendo o estabelecimento autuado optado pelo regime do SIMBAHIA, já era do seu conhecimento que não poderia compensar os valores pagos a título de antecipação parcial, o que provavelmente ainda implicava em menor carga tributária do ICMS, o que não configura confisco.

Quanto ao argumento de que o RICMS procurou desonerar a prestação de serviço, vedando a exigência do ICMS da diferença de alíquotas, verifico que conforme descrito na ementa do Acórdão JJF 0254/00, “Mercadorias ou materiais adquiridos para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza não são considerados materiais de uso ou consumo descabendo a exigência de pagamento de diferença de alíquota”. No citado Acórdão foi decidido pela não incidência do ICMS para fins de pagamento de ICMS de diferença de alíquota, relativo à aquisição de insumos aplicados no serviço de revelação de filmes fotográficos e afins (item 65 da Lista de Serviços), que não se coaduna com a modalidade de prestação de serviço exercidas pelo autuado na situação presente (instalação e manutenção de centrais de ar condicionado), cujas mercadorias são tributadas pelo ICMS, diferente dos serviços de fotografias cujo material empregado na prestação do serviço não é tributado pelo ICMS, a menos que seja comercializado.

Por fim, com relação às notas fiscais 2509, 16928, 175214, o autuado alegou tratar-se de retorno de mercadorias enviadas para conserto, fato não contestado pela autuante na informação fiscal.

Pelo confronto do demonstrativo juntado pela autuante às fls. 11/13 com as cópias das notas fiscais juntadas com a defesa (fls. 307/309), verifico que no corpo das duas primeiras foi indicado que se trata de devolução de mercadorias remetidas para consertos relativo às notas fiscais de remessa de números 23 e 65, com Código Fiscal de Operações (CFOP) 6.916. Logo, em se tratando de operações de retorno de conserto, a remessa ocorreu com suspensão do ICMS e só haveria incidência do imposto sobre as partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (art. 628 do RICMS/BA). Como as mencionadas notas fiscais não indicam nenhum valor de peças ou serviços adicionados, considero que se referem tão somente ao valor do bem que foi remetida para conserto e indevida a exigência do ICMS antecipação parcial.

Relativamente à nota fiscal 175214, embora o autuado tenha alegado que se referia a retorno de conserto, a cópia juntada ao processo (fl. 309) indica que se trata de remessa de bens em locação, que também não cria obrigação de pagamento do ICMS antecipação parcial. Como a acusação é de que o contribuinte não recolheu o ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias adquiridas em outros Estados, destinadas a comercialização e o fato alegado pelo autuado não foi contestado pela autuante, aplico o disposto no art. 140 do RPAF/BA, admitindo como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Pelo acima exposto, tomo como base o demonstrativo de débito original e faço a exclusão dos valores exigidos constante dos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 11/13), o que resulta em débito de R\$21.576,59 conforme demonstrativo resumo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor autuado	Nota Fiscal	Ret. Conserto	Valor devido	Fl.
31/03/04	09/04/04	1.956,82	17	50	332,66			332,66	
30/04/04	09/05/04	32.522,94	17	50	5.528,90			5.528,90	

31/05/04	09/06/04	3.140,12	17	50	1.043,82	2509	510,00	533,82	11
30/06/04	09/07/04	6.879,06	17	50	1.169,44			1.169,44	
31/07/04	09/08/04	12.915,53	17	50	2.195,64	16928	850,00	1.345,64	12
31/08/04	09/09/04	4.436,94	17	50	754,28			754,28	
30/09/04	09/10/04	18.081,00	17	50	3.073,77			3.073,77	
31/10/04	09/11/04	20.306,06	17	50	3.452,03	175214	306,00	3.146,03	13
30/11/04	09/12/04	18.016,06	17	50	3.062,73			3.062,73	
31/12/04	09/01/05	15.466,59	17	50	2.629,32			2.629,32	
Total					23.242,59		1.666,00	21.576,59	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0020/08-9** lavrado contra **TECTENGE TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.576,59**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR