

**PROCESSO** - A. I. Nº 276473.1204/07-9  
**RECORRENTE** - SANCOL – SANITIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ªJF nº 0236-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 12/11/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0371-12/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. Restou comprovado que o autuado não exerce atividades comerciais, mas tão-somente prestação de serviços de limpeza e conservação de móveis e de locação de máquinas e equipamentos. Reformada a Decisão de primeira instância. Insubistência da autuação. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade e rejeitado o pleito pela apresentação de novas provas. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0236-01/08, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2007, para atribuir 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%.

Após apresentação de peça impugnatória por parte do autuado (fls. 31 a 38) e informação fiscal pela autuante (fl. 53), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração (fls. 56/59), nos seguintes termos:

“(…)

*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 espe*

*Analizando o contrato social do autuado, vejo que em 20/05/2003 ocorreu a alteração do contrato social, passando para “prestação de serviços de limpeza e, conservação de imóveis*

Created with

*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.*

*(...)*

*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.*

*Observo 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”.*

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário (fls. 72/77), através do qual repisa integralmente os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça impugnatória. Ao final, pugna pelo provimento do Recurso Voluntário apresentado para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Assevera 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, 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 Inspeção 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 nºs 02/04 e 63/04.

Argui ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, de SEFAZ/BA a respeito de dúvidas atinentes à antecipação parcial do ICMS, quando ocorre incidência do imposto sendo “as mercadorias destinadas

*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 ao Recurso Voluntário, a fim de que seja 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 ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. João Sampaio Rêgo Neto, após salientar que *“a questão de fundo muito bem abordada pela JJF”*, bem como que na peça recursal *“o Contribuinte apenas repete as alegações da Impugnação e não acrescenta nenhum documento ou produz provas que possam elidir a infração, ou ao menos suportar as suas alegações”*, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto (fl. 82).

Na assentada do julgamento do dia 22 de julho de 2009, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do PAF em diligência à ASTEC (fl. 86), a fim de que o referido órgão de assessoria esclarecesse os seguintes pontos:

*“1- que seja verificado ‘in loco’, no estabelecimento da empresa e junto à sua escrita, se a mesma desenvolve atividade de comercialização de mercadorias ou atividade mista (prestação de serviços + revenda de produtos);*

*2- caso seja constatado que o autuado opera na atividade comercial de compra e venda, que o revisor da ASTEC ateste o fato através da juntada, por exemplo, de documentos que comprovem que o mesmo apura mensalmente o ICMS.*

*3- na hipótese das mercadorias terem sido aplicadas exclusivamente na prestação de serviços, de igual forma, o revisor deverá trazer aos autos documentos que possam atestar o fato, a exemplo de cópias de folhas do livro de apuração do ISS.”*

Além disso, foi consignado que, após o cumprimento da referida diligência, fosse dado ciência do seu resultado ao recorrente e autuante, a fim de que ambos, querendo, pudessem se manifestar, remetendo os fôlios, logo em seguida, para a Douta PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo a respeito da matéria.

Em cumprimento à diligência, o ilustre fiscal diligente Edgar Ferreira Pessoa Pereira, emitiu o Parecer ASTEC nº 024/2010 (fls. 88/90), devidamente acompanhado de documentos (fls. 91/239), através do qual, inicialmente, salientou que *“Foi verificado no Sistema da Secretaria da Fazenda – INC, constatando que o autuado no período compreendido entre 2004 e 2009, não declarou ‘compras efetuadas de mercadorias, nem vendas de mercadorias’, conforme comprovam os documentos anexos, fls. 93/98.”* Assinalou, ainda, que *“Foi verificado ‘in loco’, no estabelecimento da empresa e junto à sua escrita, que a mesma desenvolve atividade de prestação de serviços, sem comercialização de mercadorias”*, acostando aos fôlios os respectivos documentos comprobatórios.

Intimados autuante e autuado acerca do resultado da diligência, apenas o último se manifestou nos autos (fls. 244/247), ressaltando que concordava com o resultado da diligência, tendo em vista que a mesma comprovou *“a inexistência de circulação da mercadoria recebida pela empresa, toda ela utilizada tão somente na prestação de serviço”*, tratando-se o recorrente de consumidor final. Reproduz a Ementa e trechos do Acórdão 0036-05/99, da lavra da 5ª Junta de Julgamento Fiscal e, ao final, reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo, após tecer considerações acerca dos fatos que norteiam a presente autuação, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria (fls. 251/253), através do qual entende que *“foi bastante elucidativa a co. ASTEC”*, salientando que *“o fato de ter o autuado inscrição estadual de que exerce comércio, é apenas o credenciamento perante o Esta*

*que serão empregadas na prestação dos serviços que exerce, sendo assim considerada contribuinte especial.” Assevera, ainda, que “A conclusão infundada de que as mercadorias objeto da autuação eram comercializadas e não oferecidas à tributação, torna-se cada vez mais distante da verdade dos fatos provados constantes dos autos, ao contrário, o que se tem comprovado no processo através de provas idôneas e irrefutáveis é que o autuado tem inscrição de contribuinte especial perante a SEFAZ-BA, é prestadora de serviços de limpeza e conservação de imóveis e de locação de máquinas, equipamentos.” Ao final, opina pelo provimento do Recurso Voluntário apresentado para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.*

O ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior profere Despacho (fl. 255), através do qual ratifica o Parecer acima referido quanto ao Provimento do Recurso Voluntário. De igual forma, a procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, mediante Despacho, também ratifica aquele pronunciamento anterior (fl. 261), entendendo que o Recurso Voluntário deve ser provido para declarar a improcedência do presente Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, cumpre-me enfrentar a arguição de inconstitucionalidade do lançamento ora apreciado, reiterada pelo recorrente em sua peça de insurgência recursal.

De fato, como corretamente asseverou o *a quo*, a referida questão não pode ser apreciada por qualquer dos julgadores do CONSEF, à luz do quanto estatuído no art. 167, I, do RPAF, que atesta não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Outrossim, no que tange ao pedido de apresentação de novas provas, aqui recebido como se de diligência se tratasse, informo que, em atendimento à alegação recursal, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, a fim de que fiscal estranho ao feito atendesse às seguintes solicitações:

*“1- que seja verificado ‘in loco’, no estabelecimento da empresa e junto à sua escrita, se a mesma desenvolve atividade de comercialização de mercadorias ou atividade mista (prestação de serviços + revenda de produtos);*

*2- caso seja constatado que o autuado opera na atividade comercial de compra e venda, que o revisor da ASTEC ateste o fato através da juntada, por exemplo, de documentos que comprovem que o mesmo apura mensalmente o ICMS.*

*3- na hipótese das mercadorias terem sido aplicadas exclusivamente na prestação de serviços, de igual forma, o revisor deverá trazer aos autos documentos que possam atestar o fato, a exemplo de cópias de folhas do livro de apuração do ISS.”*

Como resposta à diligência solicitada, informou o revisor da ASTEC, através do Parecer nº 024/2010 (fls. 88/90), devidamente acompanhado de documentos (fls. 91/239), que *“Foi verificado no Sistema da Secretaria da Fazenda – INC, constatando que o autuado no período compreendido entre 2004 e 2009, não declarou ‘compras efetuadas de mercadorias, nem vendas de mercadorias’, conforme comprovam os documentos anexos, fls. 93/98.”* Assinalou, ainda, que *“Foi verificado ‘in loco’, no estabelecimento da empresa e junto à sua escrita, que a mesma desenvolve atividade de prestação de serviços, sem comercialização de mercadorias”,* acostando aos fôlios os respectivos documentos comprobatórios.

Comungo com o resultado da prova técnica produzida nos cadernos processuais.

De fato, restou comprovado que o recorrente não exerce atividades comerciais, mas tão-somente a prestação de serviços de limpeza e conservação de imóveis e de locação de máquinas e equipamentos.

Destarte, por tudo quanto acima exposto e com espeque no PGE/PROFIS, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Vo IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 276473.1204/07-9, lavrado contra **SANCOL – SANITIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS