

A. I. Nº - 394318/89
AUTUADO - CONSERVO BAHIA SERVIÇOS GERAIS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 23/07/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-03/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. O fato gerador do imposto, na presente situação, é a entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente. No momento da ação fiscal ainda não havia se concretizado a hipótese de incidência do ICMS. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 02/05/89, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de NCz\$255,68, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente à Nota Fiscal S. Única nº 000599 emitida por Safetline Equipamentos de Segurança Ltda com destino à Autuada". Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos em que consta o seguinte: "Falta fazer a complementação de alíquota do ICM [S] (de 9% para 17%) conforme prevê a Lei nº 4825, de 27/01/89, em seus artigos 2º, inciso II, art. 10, inciso XII e art. 24, inciso IV."

O autuado apresentou defesa (fls. 18 a 22), inicialmente discorrendo sobre a apreensão das mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 0597, 0598, 0599 e 0600, emitidas pela empresa Safetline Equipamentos de Segurança Ltda., oriundas do Estado de São Paulo e do modo como se desdobrou para obter a sua liberação pela fiscalização.

A seguir, impugna a autuação, apresentando os seguintes argumentos:

1. na vigência do RICM/81, estava desobrigado de pagar o tributo estadual, tendo em vista que seu ramo de atividade (limpeza, manutenção e conservação de imóveis) encontra-se inserido na Lista de Serviços introduzida pela Lei Complementar nº 56/87;
2. como já havia tido problemas com a Fiscalização de Trânsito, achou por bem efetuar uma Consulta à DITRI, por meio do Processo nº 102.095/80 (fls. 37 a 40), cuja resposta veio corroborar o entendimento de que as atividades que desenvolve estão sujeitas à incidência do ISS (imposto municipal);
3. ocorre que o autuante se fundamentou na legislação que criou o ICMS, em substituição ao antigo ICM. Aduz, entretanto, no que tange ao artigo 2º, inciso II, do RICMS/89, que "há que se observar que as mercadorias não chegaram a entrar na nossa empresa", tendo sido apreendidas quando o veículo da transportadora passava pelo Km 31 da BR 324 (Posto Honorato Viana) e, além do mais, as mercadorias em questão não se destinavam a seu

consumo, pois trata-se de botas industriais para o pessoal que trabalha nas unidades contratantes;

4. quanto ao § 3º do artigo 2º do citado RICMS/89, entende que a exigência do pagamento antecipado do imposto somente deve ser aplicada para casos excepcionais, quando houver falta de idoneidade da documentação ou do contribuinte envolvido;
5. no que concerne ao artigo 10, inciso XII, do RICMS/89, embora qualquer pessoa física possa se transformar em contribuinte ou responsável pelo pagamento do imposto por diferença de alíquotas, diz que a própria lei prevê determinadas situações em que está afastada tal incidência, como é o caso da aquisição de mercadorias para emprego nos serviços que presta;
6. quanto às aquisições para consumo, ativo fixo ou permanente, ressalta que pairam dúvidas, razão pela qual está formulando nova consulta à DITRI.

Finaliza pedindo a nulidade do Auto de Infração, primeiro, por ferir o CTN; segundo, por ter sido feito em nome do adquirente das mercadorias, quando deveria ter sido lavrado contra a transportadora; e, terceiro, porque o autuante desconheceu a Portaria nº 438/89 (fl. 35) que determina o prazo até o dia 20 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador para o recolhimento do imposto em decorrência da diferença de alíquotas.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 41 e 41-verso), afirma que “realmente, o Auto de Infração em pauta é descabido, em virtude da ocorrência do fato gerador (‘entrada no estabelecimento destinatário’)” e que foi lavrado em decorrência de o autuado ter se manifestado contrário ao recolhimento do ICMS, com o objetivo de assegurar ao Erário a diferença do imposto e “provocar um melhor esclarecimento sobre o ‘polêmico’ assunto”.

Conclui que, por entender que a empresa está obrigada ao pagamento da “complementação da alíquota”, em razão de as mercadorias, objeto deste lançamento, serem consumidas na prestação de seus serviços, sugere que o ICMS deve ser exigido, mas sem a imposição de penalidade.

A PROFAZ, às fls. 43 e 44, apresenta o Parecer nº 929/91, opinando pela improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que a hipótese de incidência - “entrada no estabelecimento de contribuinte...” -, não foi concretizada, conforme o disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4825/89.

À fl. 45, a PROFAZ converteu o PAF em diligência à DEREF/Capital para que fosse verificado se o autuado efetuou o pagamento do imposto exigido neste lançamento após a entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

À fl. 51, foi acostada uma informação de que o contribuinte foi intimado a comprovar o pagamento do ICMS, relativo à diferença de alíquotas exigido neste Auto de Infração, mas o autuado não apresentou nenhuma resposta.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado, pela Fiscalização de Trânsito, para exigir o ICMS devido em razão da diferença de alíquotas internas e interestaduais, relativamente às mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 0597, 0598, 0599 e 0600, adquiridas pelo autuado no Estado de São Paulo.

O contribuinte alega que é indevido o valor exigido, haja vista que o fato gerador do imposto estadual ainda não havia se concretizado e a própria legislação concedia prazo para pagamento

do tributo, até o 20º dia do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento adquirente. Tal posicionamento foi acatado pela PROFAZ que, no Parecer nº 929/91, opinou pela improcedência do lançamento, tendo em vista que a hipótese de incidência - “entrada no estabelecimento de contribuinte...” -, não foi concretizada, conforme o disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4825/89.

A Lei nº 4.825, de 27/01/89, assim se expressava:

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo fixo.

Dessa forma, quando as mercadorias foram apreendidas pela Fiscalização no Posto Fiscal Honorato Viana, ainda não havia ocorrido a hipótese de incidência do ICMS, não sendo possível, no momento da ação fiscal, a exigência do tributo. Vale ressaltar, ainda, que foi editada a Portaria nº 438, de 12/05/89, pela Secretaria da fazenda do Estado da Bahia, estabelecendo o prazo até o dia 20 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, no caso de “ICMS devido em virtude da entrada, no estabelecimento do contribuinte de mercadoria ou serviço oriundo de outra unidade da Federação (art. 2º, II e III da lei nº 4825/89)”.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 394318/89, lavrado contra **CONSERVO BAHIA SERVIÇOS GERAIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR