

A. I. Nº - 281394.0269/02-7  
AUTUADO - TÉRMICA AR CONDICIONADO LTDA.  
AUTUANTES - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA e EDUARDO TADEU FELIPE LEMPÊ  
ORIGEM - INFAC SIMÕES FILHO  
INTERNET - 30. 07. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0258-04/02

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte é prestador de serviços, com ressalva na “Lista de Serviços” anexa ao Decreto-Lei 406/68 sobre a incidência do ICMS no fornecimento de peças e partes. Ficou comprovado que o contribuinte estava irregularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado, sujeito, portanto, ao pagamento do imposto por antecipação, no momento do ingresso das mercadorias no território baiano. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe exige o pagamento de ICMS no valor de R\$1.516,84, mais multa de 60%, que deixou de ser recolhido por antecipação tributária quando do ingresso, no território deste Estado, de mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito.

O autuado impugna tempestivamente o lançamento (fl. 17), dizendo ser empresa prestadora de serviços de manutenção e afirmando que as mercadorias apreendidas destinavam-se à execução de contrato de prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica em aparelhos e centrais de ar condicionado do INSS, conforme contrato que anexa. Alega que as mercadorias adquiridas são, na realidade, bens para uso na prestação de serviços não havendo porque se falar em finalidade mercantil. Diz que não mantém inscrição estadual, porque não opera comercialmente.

Continuando, invoca o artigo 155, inciso II da Constituição Federal e posicionamento do jurista Roque Antonio Carraza, em apoio ao seu argumento de que não realiza operações de circulação de mercadoria entendendo que a destinação é suficiente para não caracterizar a aquisição como sendo “de mercadorias”. Invoca também o inciso V, do artigo 3º, da Lei Complementar 87/96, para alicerçar o seu entendimento de que não incide o imposto sobre as operações que realizou, e que o presente Auto de Infração carece de amparo jurídico. Além disso, diz que o Decreto-Lei 406/68 já incluía a sua atividade na lista de serviços, antes da Lei Complementar 87/96 e, sendo contribuinte do ISS, não poderá ser do ICMS, pois um exclui o outro. Transcreve o artigo 8º e seus §§ 1º e 2º do Decreto-Lei anteriormente citado e os itens 32 e 69 da lista de serviços anexa ao referido diploma legal. Para corroborar com os seus argumentos transcreve ementa de decisão do STJ, para reafirmar que a sua atividade está inclusa no item 32 da lista de serviços, citando também outros entendimentos jurisprudenciais.

Invocando o artigo 155, § 2º, inciso VII, “a”, da Constituição Federal, conclui que Estado remetente das mercadorias (São Paulo) seria o competente para cobrar o imposto, se a cobrança fosse legítima, transcrevendo mais uma ementa de decisão judicial. Pede o julgamento pela improcedência do lançamento.

A Auditora Fiscal designada presta informação fiscal (fl. 61) externando o seu entendimento de que o autuado é prestador de serviços descritos no item 69 da “Lista de Serviços”, estando sujeito a pagar o ICMS no fornecimento de peças. Diz que a modificação da atividade na alteração contratual ocorrida em 03/07/2001 (fl. 30) não modifica a sua atividade real, rejeitando toda a jurisprudência trazida pelo autuado em seu favor. Afirma que o autuado está indevidamente enquadrado como contribuinte especial no cadastro estadual de contribuintes e reafirma que o mesmo preenche as condições para ser considerado contribuinte do ICMS.

## VOTO

O motivo da presente autuação foi a aquisição de mercadorias, por empresa prestadora de serviços, destinada à execução desses serviços, estando o adquirente inscrito no cadastro de contribuintes na condição de especial (fl. 10). Sendo o autuado caracterizado como contribuinte do ICMS, foi considerado pelos autuantes contribuinte não inscrito, e teve o imposto sobre as mercadorias adquiridas cobrado por antecipação, no momento do ingresso das mesmas no território baiano. Diz o autuado que as mercadorias destinavam-se a prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica em aparelhos e em centrais de ar condicionado, conforme contrato que anexou ao processo.

A defesa tenta negar a incidência do imposto sobre a operação, argumentando que, sendo prestador de serviços, é contribuinte do ISS e não do ICMS. Com base nesse entendimento alega que não se há de falar em finalidade mercantil, que não opera comercialmente, que a destinação é suficiente para descharacterizar a aquisição como sendo “de mercadorias”, que o lançamento carece de lastro jurídico, que a sua atividade está inclusa no item 32 da lista de serviços, que o Decreto-Lei 406/68 é anterior à Lei Complementar 87/96 e que, se houvesse imposto a cobrar, o Estado competente seria aquele em que o remetente estivesse estabelecido.

Todos os argumentos da defesa estão equivocados. O autuado para cumprir com o contrato firmado com o INSS, desenvolverá atividade de prestação de serviços de conserto e reparação em bens móveis, que está prevista no item 69 da Lista de Serviços (Anexo 1 do RICMS/BA.), conforme disse a auditora que prestou a informação fiscal, com a ressalva de que o fornecimento de peças e partes fica sujeito ao pagamento do ICMS. O serviço, como dito no contrato, está expressamente caracterizado naquele item, não podendo se confundir com serviços complementares ou auxiliares de construção civil, com enquadramento no item 32 da referida Lista, conforme quer o autuado. Todas as decisões e pareceres jurídicos que trouxe ao processo não podem ser considerados, pois relativos a serviços de construção civil, que não é o caso do autuado.

Este deveria ser inscrito como contribuinte do imposto e não como “especial”, no cadastro estadual de contribuintes. Por isso, estava em situação cadastral irregular no momento da autuação, “equiparado a não inscrito”, tendo o imposto por antecipação sido corretamente exigido.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281394.0269/02-7, lavrado contra **TÉRMICA AR CONDICIONADO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.516,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR