

PROCESSO - A.I. Nº 298924.1130/02-6
RECORRENTE - CAMALEÃO COMÉRCIO E PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0112-04/03
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 30.06.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-11/03

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. No caso de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte com inscrição cancelada deve ser dado o mesmo tratamento para a hipótese de mercadoria destinada a contribuinte não inscrito. Comprovado que na data da autuação o contribuinte estava com a inscrição cancelada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da Relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar a falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição cancelada.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o relator da 4ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Analisando os elementos que instruem o PAF, contatei que a Nota Fiscal nº 22311, foi emitida em 11/11/02, e a apreensão das mercadorias ocorreu 28.11.02, ocasião em que o contribuinte encontrava-se com sua inscrição cancelada. Assim, não acato o argumento do contribuinte que teria dado entrada no pedido de regularização dos dados das inscrições estaduais junto ao seu fornecedor, pois o mesmo não apresentou qualquer prova do referido pedido, simplesmente alega que o erro foi do fornecedor.

Ressalto que, conforme dados do Sistema INC, atualmente as três inscrições cadastrais encontram-se canceladas ou suspensas, conforme segue:

- 1. Inscrição Estadual nº 40.769.202 – cancelada em 08/01/2003;*
- 2. Inscrição Estadual nº 48.882.604 – Suspensa – Proc. Baixa/regular;*
- 3. Inscrição Estadual nº 48.883.847 – Suspensa – Proc. Baixa/Cancelada.*

Desta situação, a legislação estabelece que o tratamento para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, ou para mercadoria sem destinatário certo, ou seja, no primeiro posto fiscal de fronteira deverá o contribuinte efetuar o pagamento do imposto.

Determina, o art. 125, inciso II, “a”, do RICMS/97, ao tratar dos prazos e momentos para recolhimento do ICMS por antecipação, que o imposto será recolhido pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, na entrada no território deste Estado, de mercadorias destinadas a ambulantes, enquadradas no regime de substituição tributária, ou a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo.

Logo, entendo que o procedimento dos auditores autuantes ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação a inscrição do contribuinte estava cancelada.

Ressalto, outrossim, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar no Auto de Infração o percentual de multa de 100% para a infração, quando o correto é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada a multa aplicada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que não ocorreu a venda para contribuinte com inscrição cancelada, mas uma mera irregularidade na nota fiscal, haja vista que possuía matriz em Lauro de Freitas e duas filiais em Salvador e por iniciativa própria, solicitou a extinção dos seus domicílios e a transferência da matriz para Salvador, à Avenida Otávio Mangabeira, 6000, Aeroclube Plaza Show.

Que após efetuar o pedido junto ao seu fornecedor, este emitiu a Nota Fiscal nº 22311 com alteração do endereço, mantendo, de forma inadvertida, os demais dados cadastrais, o que ocasionou a lavratura deste Auto de Infração, com a conseqüente apreensão das mercadorias.

Afirma que tal infração não se constitui em falta de recolhimento do imposto, pois não há incidência do imposto uma vez que as mercadorias não se destinavam à comercialização e se sua conduta não resultou em falta de pagamento do imposto só pode ser penalizado pelo descumprimento de obrigação acessória.

Assevera que a infração reclamada na presente autuação não se configurou pelo simples fato das mercadorias adquiridas não se destinarem à comercialização, o que torna indevida a cobrança do imposto no posto fiscal, já que não haveria uma posterior saída tributada.

Ressalta ser o recorrente uma empresa prestadora de serviços, enquadrada no item 60, “d” da Lista de Serviços anexas ao Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador, como é de notório conhecimento e que na prestação do seu serviço, cobra um preço para que os tomadores (foliões) participem do bloco, usufruindo da música, espaço, segurança e outros itens.

Diz que para ingressarem no bloco os foliões recebem um “kit”, onde a defendente inclui as “patinhas holográficas” que são o símbolo da marca do recorrente para serem fixadas nos corpos dos foliões durante o percurso do bloco.

Que a pretensão do fisco de cobrar ICMS sobre as “patinhas holográficas” é um equívoco, haja vista que não foram adquiridas para revenda, mas para aplicação na prestação do serviço desenvolvido pelo recorrente.

Observa que a legislação do ICMS dispõe de forma expressa a não incidência do imposto em operações com mercadorias a serem aplicadas em prestação de serviço sujeito ao ISS, de acordo com o art.6º, inciso XIV, alínea “g” do RICMS/Ba, o que demonstra de forma inequívoca a absoluta impossibilidade de tributar pelo ICMS mercadorias destinadas à utilização em um serviço tributado pelo ISS.

Conclui requerendo o provimento da sua peça recursal, a fim de julgar improcedente a autuação ou alterar a penalidade imposta.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista a inexistência de elementos que conduzam à reformulação da Decisão recorrida, restando perfeitamente tipificada e comprovada a infração, tendo o contribuinte adquirido mercadorias com inscrição cancelada.

Entende que não houve a comprovação de que as “patinhas holográficas” efetivamente integravam o serviço desenvolvido pelo recorrente.

VOTO VENCIDO

O presente Auto de Infração foi lavrado para reclamar falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição cancelada.

Diante da descrição da infração devemos observar se efetivamente ocorreu a falta de recolhimento do imposto, se as mercadorias eram destinadas à comercialização e se foram adquiridas por contribuinte com inscrição cancelada.

A fim de que decorra a falta de pagamento do imposto, é necessária a verificação da existência do fato gerador, ou seja, se o imposto era efetivamente devido.

De acordo com o art.155, inciso, I, alínea “b” da Constituição Federal o ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, envolvendo negócio jurídico mercantil e não sobre simples mercadorias ou quaisquer tipos de circulação, assim não é qualquer tipo de operação que sujeita o contribuinte ao pagamento do ICMS, não podendo qualquer bem ser designado como sendo mercadoria.

No presente caso estamos diante de uma empresa de entretenimento, o que é de conhecimento notório, não só no Estado da Bahia, como em todo o Território Nacional.

Os produtos adquiridos pelo recorrente não se caracterizam como mercadorias, haja vista não serem adquiridas para venda ou mesmo para revenda, pois fazem parte do pacote de serviços oferecidos pelo autuado. Ou seja, para que o seu cliente possa gozar do seu serviço, desfile no bloco, é necessário que ele esteja trajando o uniforme (abadá) fornecido, que juntamente com a mercadoria apreendida, sem qualquer sombra de dúvida, faz parte do “kit”.

Ressalte-se que este serviço está enquadrado no item 60, “d”, da lista de serviços, portanto, sujeito ao pagamento do ISS

Assim, uma vez que as mercadorias adquiridas não são destinadas à comercialização, não há que se falar em fato gerador do ICMS, ou mesmo falta de pagamento do imposto no Posto Fiscal, tendo em vista que não haveria uma saída posterior tributada, o que está de acordo com a legislação estadual, como dispõe o art. 6º, inciso XIV, alínea “g” do RICMS vigente, que prevê a não incidência do imposto em operações com mercadorias a serem aplicadas na prestação de serviço sujeito ao ISS.

Outro fato importante a ser analisado é a aquisição de produtos por contribuinte com inscrição cancelada.

Ao analisar os documentos constantes do presente PAF, bem como as alegações trazidas pelo recorrente, verifiquei que, de fato, a inscrição constante na Nota Fiscal nº 22311, pertencia a um estabelecimento cancelado, embora constasse o endereço de um estabelecimento ativo, conforme documento de fl.39, o que denota ter ocorrido um equívoco do remetente.

Assim, restou comprovado ter havido um equívoco na emissão da nota fiscal, por inobservância do fornecedor, e também, que tal infração não ocasionou a falta de recolhimento do tributo, motivo pelo qual, discordo do Parecer emitido pela Ilustre representante da PROFAZ e voto pelo provimento parcial do presente Recurso Voluntário, a fim de ser afastada a cobrança do imposto, cabendo ao autuado o pagamento da multa prevista no art.42, inciso XXII da Lei nº 7014/96.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *venia*, discordo do entendimento consubstanciado no voto da Ilustre relatora, que sustenta a tese de que os produtos adquiridos pelo recorrente não se caracterizam como

mercadorias, haja vista não serem adquiridas para venda ou mesmo para revenda, pois fazem parte dos pacotes de serviços oferecidos pela autuado que estariam enquadrados no item 60, I da Lista de Serviços.

Ocorre que não ficou confirmado nos autos, que a mercadoria em questão fizesse parte do “kit”. Ademais, o cerne da lide a ser analisado é se o contribuinte estava ou não com a inscrição cancelada, ou seja com a inscrição irregular, o que equivale a dizer se a inscrição estava cancelada como descrito na peça acusatória e no Termo de Apreensão nº 298924.1143/02-0, e diante da constatação da empresa se encontrar com inscrição cancelada, a legislação determina o procedimento adotado nessa ação fiscal.

Relativo ao argumento de que se trata de empresa prestadora de serviço e que está enquadrada no item 60, “d” da Lista de Serviços, e que cobra um preço para os contratantes, *in casu*, os foliões, contudo, este argumento não prospera diante do enunciado da norma que ali resta claramente contido no artigo 60, inciso “d” da citada lista.

Concluo que não restou provado que as mercadorias “patinhas holográficas”, objeto da exigência fiscal, face ao contribuinte se encontrar com inscrição cancelada, seja um serviço que integra àquele que decorre de contrato entre o autuado e os participantes do bloco, como alega o recorrente.

Assim, entendo correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto na forma prevista no art. 125, II, “a” do RICMS/97, diante da Nota Fiscal nº 22311, à fl. 10, que acobertava as mercadorias objeto desta contenda, provenientes de outro Estado, constar contribuinte com inscrição cancelada.

Neste sentido, acompanho o entendimento da PROFAZ manifestado no parecer exarado fls. 83 e 84 dos autos, pois considero acertado o julgamento proferido no Acórdão recorrido e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298924.1130/02-6, lavrado contra **CAMALEÃO COMÉRCIO E PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$973,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ