

A. I. N° - 299164.0117/03-3
AUTUADO - KATOEN NATIE DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 17.06.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0210/01-03

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO EM PROCESSO DE BAIXA (SUSPENSÃO). ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o adquirente das mercadorias é prestador de serviço de competência exclusiva do ISS e os produtos adquiridos são peças de reposição de equipamentos de uso próprio. Rejeitada a preliminar argüida. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/03/03, exige imposto no valor de R\$ 2.510,77, por falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição suspensa (processo de baixa irregular). Mercadorias em trânsito através das notas fiscais n°s 014677, 183720, 004424, 025286 e 025263, além dos conhecimentos de transportes.

O autuado, através do seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando ser insubsistente o Auto de Infração, sob os seguintes fundamentos:

Não exerce atividade sujeita a incidência do ICMS, por tratar-se de empresa exclusivamente prestadora de serviços, não obrigada a ter inscrição no cadastro da SEFAZ.

Ao instalar sua filial, neste Estado, requereu a inscrição no cadastro, em 11/03/92, para exercer a atividade de “armazém geral” (emissão de *warrants*), na condição de contribuinte do ICMS. No entanto, nunca exerceu, de fato, a atividade pela qual se inscreveu. Assim, a Diretoria da empresa resolveu proceder a baixa da inscrição a fim de evitar a manutenção de livros fiscais e demais obrigações tributárias. Requereu desde 07/02/03 o pedido de baixa.

Ocasionalmente, para desempenhar a sua atividade de prestação de serviços, adquire produtos e equipamentos. Dentre eles, os consignados nas notas fiscais, objeto da autuação.

Existência de preliminar de nulidade por erro na capitulação e fundamento da infração e multa, vez que o autuante o considerou como clandestino. A descrição da infração não se coaduna com o dispositivo tido como infringido. Fez citação dos arts. 125, II, “a”, do RICMS/97 e, art. 915, II, “d”, do RICMS/97, que prevê multa de 60% por não recolhimento por antecipação, e não, de 100%.

Alegou, ainda ilegitimidade passiva do contribuinte e ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para figurar neste lançamento, vez que foi exigido o ICMS – diferença de alíquota acrescido de multa de 100%.

Os produtos “eletrovalvula GLP, cabo vela mazol fe/f2, vedador, retentor roda dianteira interna”, são utilizados pela empresa na manutenção de suas máquinas, principalmente nas “empilhadeiras”, já que dentre a atividade de prestação de serviços está incluída o aluguel de

máquinas a diversas empresas. Assim, houve cobrança indevida do imposto, uma vez que a aquisição de materiais e equipamentos têm a finalidade de aplicação em máquinas de sua propriedade, as quais são locadas para terceiros.

Argumentou, ainda, que se os produtos fossem adquiridos para comercialização, mesmo assim, o Auto de Infração seria improcedente, já que a exigência do imposto teria o tratamento espontâneo. Transcreveu Acórdãos JJF nº 2491/00, CJF nº 0005/99 e CJF nº 0955/99.

Asseverou ilegalidade na exigência de diferença de alíquota, citando o art. 155, II, § 2º, VII, “a” e “b”, VIII, da CF/88 e art. 7º do Dec. 5444/96, em que não é devido o pagamento da diferença de alíquota por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza.

Concluiu requerendo a nulidade e improcedência do Auto de Infração.

Outro auditor fiscal, ao prestar a informação, informou que o autuante praticando a atividade de “armazéns gerais” é obrigado a se inscrever na condição de contribuinte especial (art. 668 a 682 do RICMS/97). Após ter requerido a baixa de sua inscrição, configura-se em situação irregular, ensejando a aplicação de multa formal.

Tendo sido flagrado, adquirindo mercadorias em outro Estado, estando em situação cadastral irregular, pressupôs, o autuante, que as mercadorias fossem destinadas a comercialização, e com base nos dispositivos legais vigentes, procedeu a autuação. No entanto, o contribuinte não comercializa mercadorias e os produtos adquiridos se destinam à manutenção das máquinas de sua propriedade, utilizadas em sua atividade. Entendendo, desta forma, descaber a autuação.

No tocante a diferença de alíquota, entendeu ser devida, pertencendo, porém, ao Estado de origem, cabendo a Bahia, por analogia da situação do autuado, em relação à situação das empresas de construção civil, a regularização na entrada no território baiano, mediante a comprovação do pagamento da diferença devida, através de documentação complementar emitida pelo remetente ou recolhimento através de GNRE.

Concluiu pela insubsistência do Auto de Infração e pela lavratura de novo Auto de Infração com a aplicação de multa pela irregularidade cadastral e, pelo acondicionamento da restituição do valor recolhido à comprovação da regularização fiscal da empresa quanto a diferença de alíquota do imposto devido a unidade Federada de origem.

VOTO

Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas no processo, vez que não ficou caracterizado cerceamento do direito de ampla defesa, nem capitulação errônea da infração. Também inexiste flagrante ilegitimidade passiva e ativa, como quis crer o impugnante. Não vislumbro a existência de nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99.

Verifico, no presente processo, que está sendo exigido o ICMS por antecipação tributária em razão de o destinatário das mercadorias se encontrar com a sua inscrição estadual suspensa CAD-ICMS, tendo sido apreendido as mercadorias, mediante a lavratura de Termo de Apreensão.

O sujeito passivo argumenta ter requerido a inscrição, para instalação de sua filial neste Estado, na condição de contribuinte normal do ICMS, em 11/03/92, com a finalidade de exercer atividade de “armazém geral” (emissão de *warrants*); entretanto, diz nunca ter exercido, de fato, tal atividade, o que motivou a diretoria da empresa a solicitar baixa da referida inscrição, com finalidade de evitar a manutenção de livros e demais obrigações a que está sujeito o contribuinte, na condição de

regime normal de apuração do ICMS. Estando em processo de baixa teve seus equipamentos apreendidos e exigido imposto na condição de contribuinte clandestino.

Comprovado no processo que as mercadorias, objeto do presente lançamento, se referiam a peças de reposição de equipamentos a serem utilizados pelo próprio autuado, em suas máquinas, cuja atividade fim é a de prestação de serviços de competência exclusiva do ISS, fato reconhecido pelo Auditor que prestou a informação fiscal.

As empresas prestadoras de serviços, de competência exclusiva do ISS não estão obrigadas a possuir inscrição no cadastro desta SEFAZ, sendo opcional, o requerimento de sua inscrição na condição de “contribuinte especial” (art. 150, V, “b”, do RICMS/97). No entanto, tal espontaneidade não se aplica às companhias de armazéns gerais, já que estas, de acordo com o art. 150, V, “a”, do citado regulamento, são obrigadas a se inscrevem no CAD-ICMS/BA. Independentemente de estar ou não obrigada a possuir inscrição, na condição de “contribuinte especial” a discussão em tela diz respeito, apenas, a falta de recolhimento do imposto, por antecipação, de mercadorias adquiridas para comercialização, estando o contribuinte com inscrição em processo de baixa. Ficou evidenciado nos autos que o impugnante além de não ser contribuinte do ICMS, ao adquirir os produtos (peças de reposição), estes se destinam a sua atividade, na prestação de serviços, cuja competência tributária é dos Municípios, ou seja, prestações sujeitas, exclusivamente, ao ISS.

No tocante sugestão de refazimento de nova ação fiscal para exigência de multa formal, entendo descabida, vez que o autuado, em sua defesa, argumenta que sua baixa se deu exatamente pelo fato de nunca ter funcionado seu estabelecimento na condição de “armazém geral”, a que estaria obrigado a manter sua inscrição cadastral, na condição de “contribuinte especial”. Também, em relação à cobrança do imposto a título de diferença de alíquota, o próprio RICMS/97, no seu art. 7º, I, é claro ao estabelecer não ser devido o pagamento da diferença de alíquota, nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas.

Quanto ao recolhimento do imposto efetuado pelo sujeito passivo, conforme se constata mediante DAE (cópia reprográfica) anexado ao processo, poderá o autuado solicitar, junto à Repartição Fazendária, restituição do valor pago indevidamente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299164.0117/03-3, lavrado contra **KATOEN NATIE DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA