

A. I. N.º - 207112.0602/06-7
AUTUADO - ACS INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA BARBOSA/DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT/DAT/SUL
INTERNET - 31.10.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0333-01/06

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. É devido o imposto, por antecipação, na entrada do território deste Estado, quando as mercadorias forem destinadas a contribuinte não inscrito no cadastro estadual. Acusação fiscal não traz nenhuma comprovação do cometimento da irregularidade imputada ao autuado. Infração insubsistente. Rejeitadas as nulidades argüidas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/06/2006, exige ICMS no valor de R\$1.068,98, acrescido da multa de 60%, em decorrência de 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 não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia. Consta no Termo de Apreensão nº. 207112.0602/06-7, que o contribuinte inapto, estava comercializando na Bahia conforme Nota Fiscal nº. 000674 e CTRC nº. 43.199.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.16/22), na qual esclarece, inicialmente, se tratar de empresa prestadora de serviços compreendidos na competência tributária municipal – serviços de informática – conforme item 1, do Anexo 1, da Lista de Serviços – Lei Complementar nº. 116/2003. Afirmar que mantém contratos de locação de serviços de informática com clientes, dentre os quais cita a Unimed Itabuna Cooperativa de Trabalho Médico, conforme cópias que anexa, envolvendo exclusivamente atividades de prestação de serviços e utilização de equipamentos em regime de comodato, conforme Nota Fiscal de Prestação de Serviço nº. 000306, que anexa.

Prossegue, dizendo que utiliza equipamentos próprios (em sua base) e da contratante, nos estabelecimentos atendidos, e que para ampliação da rede de computadores adquiriu para o seu ativo permanente, os equipamentos constantes da Nota Fiscal nº. 00674, junto ao fornecedor DTR – Informática – Andréa Cristina Penati Ferreira – EPP, inscrita no cadastro simplificado do Estado de São Paulo. Acrescenta que, se refere a 65 (sessenta e cinco) “PTX 18”, codificação técnica atribuída a pequenas antenas de recepção e repetição, destinados ao seu uso e que são utilizados no desenvolvimento de uma rede entre os cooperados e prestadores da Unimed, a fim de facilitar o atendimento recíproco. Esclarece que a instalação se dá em regime de comodato, não correspondendo a realidade a acusação fiscal de se tratar de mercadorias destinadas à comercialização.

Argüi a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, considerando que se trata de empresa que opera na área de prestação de serviços de competência municipal, estando desobrigada de inscrição no CAD-ICMS, tendo em vista que as operações que realiza não estão sujeitas ao ICMS. Assevera que o ato foi praticado por servidor incompetente, pois, lavrado no

trânsito de mercadorias, carecendo o autuante de conhecimento técnico e elementos suficientes, para identificar a real situação cadastral da empresa e a destinação das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº. 00674. Sustenta que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, porque a descrição no Auto de Infração não corresponde a realidade, haja vista que não é contribuinte inapto, conforme previsto no RICMS/97, assim como não foi constatada a comercialização no Estado da Bahia, que ainda se encontrava em trânsito, estando ausente a hipótese de incidência do ICMS. Reporta-se a base de cálculo, afirmando que os autuantes não demonstraram como chegaram ao valor de R\$15.139,21, sendo a sua origem desconhecida. Diz, ainda, que não foi identificada a alíquota aplicada, tornando indecifrável o método de apuração do imposto supostamente devido. Cita e transcreve ensinamentos do mestre José Eduardo Soares de Melo, para reportar-se a injuricidade da tributação fundada em presunção e ficção.

Adentrando no mérito, sustenta a improcedência da autuação, citando e transcrevendo pesquisa feita no site da SEFAZ/BA, referente à não incidência da antecipação parcial do ICMS quando a mercadoria adquirida não for destinada à comercialização.

Tece comentário sobre a sua condição de prestadora de serviços compreendidos na competência municipal, assim como a obrigação de inscrição no CAD/ICMS. Reitera que as mercadorias não se destinavam à comercialização e que os artigos 125, 149, 150, 191, 911 e 913, não alcançam a sua real situação.

Conclui, requerendo a improcedência total do Auto de Infração, protestando pela produção pelo fisco de provas concretas da acusação.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal (fls.37/39), inicia o seu pronunciamento admitindo ser o assunto polêmico, considerando que as pequenas antenas de recepção e transmissão, podem ser utilizadas na forma sustentada pelo autuado, porém, também podem ser comercializadas como presumido na ação fiscal. Diz que a defesa apresenta uma versão favorável ao seu pleito ao juntar, inclusive, contrato de prestação de serviços e nota fiscal que confirmariam sua alegação, não sendo, entretanto, pacífica a sua arguição de não-contribuinte do ICMS, pois, pode estar ocorrendo venda das antenas mascarada de prestação de serviços – alguns prestados outros não.

Reporta-se ao artigo 36 do RICMS/97, para dizer que a quantidade de mercadorias adquiridas autoriza a presunção de comercialização, podendo esta ser confrontada com as provas apresentadas que, no presente caso, não são cabais, por deixarem margem a uma atividade mista comercial e de prestação de serviços.

Acrescenta que não fica conclusivamente evidenciado no contrato, serem as mercadorias objeto da autuação utilizadas exclusivamente na implantação de sistema de informática, inexistindo nele referência ao material a ser empregado no serviço, mas, somente aos serviços contratados.

Prosseguindo, esclarece que realizou diligência em empresa similar ao autuado, tendo constatado ser possível que os serviços sejam prestados na forma alegada pelo contribuinte, porém, sendo possível também a venda destes equipamentos para o consumidor que por conta própria implante uma pequena rede. Diz ser uma atividade eminentemente mista, e que deveria o contribuinte inscrever-se no cadastro estadual, tendo em vista que opera com mercadorias cuja destinação não é líquida e certa como sustenta. Acrescenta que sem a inscrição o Fisco fica impossibilitado de apurar possíveis e prováveis fatos geradores ocorridos sob o manto da prestação de serviços.

Reportando-se à base de cálculo, afirma que esta se dá pela aplicação da margem prevista no item 5 do anexo 89 do RICMS/BA, sobre o valor da operação, sendo aplicada a alíquota correspondente a 7% devido a redução da base de cálculo prevista no inciso V, do artigo 87, do RICMS/BA.

Finaliza, mantendo a autuação.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS em decorrência de 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 não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia.

Inicialmente verifico que o autuado suscita as seguintes nulidades do Auto de Infração:

- ilegitimidade passiva;
- ter sido o ato praticado por servidor incompetente, pois, lavrado no trânsito de mercadorias;
- não conter o lançamento elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;
- a descrição no Auto de Infração não corresponder à realidade, haja vista que não é contribuinte inapto, conforme previsto no RICMS/97, assim como não foi constatada a comercialização no Estado da Bahia, que ainda se encontrava em trânsito, estando ausente a hipótese de incidência do ICMS;
- falta de demonstração da base de cálculo e alíquota aplicada.

Analisando os itens de nulidades levantados pelo contribuinte, no que concerne à ilegitimidade passiva entendo que a exigência fiscal está de acordo com o que determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, considerando que o volume conduzido pelo autuado, inicialmente, pode caracterizar a sua condição de contribuinte, conforme previsto na Lei Complementar 87/96 e Lei Estadual 7.014/96, sendo, portanto, legítima a sua condição de sujeito passivo. Afasto assim a nulidade quanto a este tópico suscitado pelo autuado.

No que diz respeito ao ato ter sido praticado por servidor incompetente, também não pode prosperar a pretensão do contribuinte, pois, o Auto de Infração foi lavrado por Auditor Fiscal legalmente autorizado para fazê-lo.

Quanto a não conter o lançamento elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não merece nenhum reparo o lançamento, pois, observadas as disposições do artigo 39, seus incisos, alíneas e parágrafos do RPAF/99, inocorrendo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Diploma regulamentar.

No que concerne à descrição do Auto de Infração não corresponder à realidade, por não se tratar de contribuinte inapto, e também por não ter sido constatada a comercialização de mercadorias que ainda se encontravam em trânsito, estando ausente a hipótese de incidência do ICMS, entendo que, sob o aspecto formal, a exigência está correta, pois, conforme dito acima, a acusação fiscal está atribuindo ao autuado a condição de contribuinte não inscrito, cujo imposto devido é cobrado antecipadamente, conforme manda o RICMS/97.

Por fim, quanto à base de cálculo e alíquota aplicada, também rejeito a nulidade pretendida considerando que esta e, conseqüentemente, o ICMS apurado, encontra-se prevista no artigo 87, inciso V, do RICMS/97, sendo aplicada a MVA prevista no anexo 88, item 5, com a redução da carga tributária para 7%, sendo aplicada a alíquota interna de 17%.

No mérito, analisando as peças processuais verifico que no Termo de Apreensão nº. 207112.0602/06-7, consta estar o contribuinte inapto, comercializando mercadorias no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal nº. 000674 e CTRC nº. 43.199.

Por outro lado, observo que o Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal admite ser a matéria do presente Auto de Infração polêmica, tendo em vista que as mercadorias - pequenas antenas de recepção e transmissão - podem ser utilizadas na forma sustentada pelo autuado, assim como podem ser comercializadas como presumido na ação fiscal.

O artigo 5º da Lei 7.014/96 estabelece que contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Vale registrar, que esta regra é emanada da Lei Complementar 87/96.

Assim, não apenas o critério da habitualidade serve hoje para identificar o contribuinte do ICMS, mas, também, o critério do volume, quando da realização de operações de circulação de mercadorias.

No presente caso, o cerne o da questão reside no fato de se identificar a real destinação dada pelo autuado às mercadorias objeto da autuação, pois, a priori, o volume de mercadorias identifica-o como contribuinte, conforme previsto no artigo 5º., da Lei 7.014/96, acima reportado.

Vejo que o contribuinte sustenta inexistir comercialização de mercadorias, por se tratar de empresa prestadora de serviços, conforme item 1, do Anexo 1, da Lista de Serviços – Lei Complementar nº. 116/2003, e contratos que anexa aos autos.

Constato, também, que a fiscalização informa ter realizado diligência em empresa similar ao autuado, verificando ser possível que os serviços sejam prestados na forma alegada pelo contribuinte, porém, sendo possível também a venda destes equipamentos para o consumidor que por conta própria implante uma pequena rede.

Evidentemente que cabe ao julgador formar o seu convencimento em função dos fatos e circunstâncias constantes no processo, das alegações e argumentações dos autos e da apreciação das provas. Na lição de Paulo Celso B. Bonilha, fazer justiça, em princípio, é aplicar a lei ao fato, sendo indispensável, à administração da justiça o conhecimento da lei e da verdade do fato, verdade esta que impõe a exigência da prova.

Entendo que a exigência fiscal está calcada, simplesmente, no fato de estar o autuado conduzindo um volume de mercadorias que pode indicar o intuito comercial, sendo inclusive exigida a sua inscrição no CAD-ICMS. No entanto, não restou comprovado que estivesse o autuado efetivamente comercializando mercadorias, assim como a obrigatoriedade de inscrição no cadastro de contribuintes da SEFAZ. Inexiste nos autos prova hábil do cometimento da irregularidade apontada na acusação fiscal, capaz de mudar o convencimento deste julgador quanto à insubsistência da autuação, pois, a meu sentir, as alegações defensivas são mais consistentes quanto a estar efetivamente prestando serviços, sendo as mercadorias objeto da autuação destinadas para tal fim.

Ademais, a imputação diz que o autuado estava “comercializando” as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº. 000674 e CTRC nº. 43.199, não havendo nos autos a comprovação de que tal comercialização estivesse ocorrendo no momento da ação fiscal, conforme indica o tempo verbal empregado na descrição dos fatos.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207112.0602/06-7**, lavrado contra **ACS INFORMÁTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2006.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA- JULGADOR