

PROCESSO - A. I. Nº 301589.0117/06-8
RECORRENTE - EBN – EMPRESA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0029-05/07
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/07

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A ESTABELECIMENTO COM INSCRIÇÃO CADASTRAL INAPTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que na data da operação a inscrição cadastral já se encontrava cancelada. Exigência fiscal subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 5ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0029-05/7, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a 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 estadual inapta, exigindo-se imposto de R\$2.422,71, com multa de 60%.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF – fls. 70 e 71 – em preliminar consignou que foi cobrado antecipadamente o imposto relativo às mercadorias que o contribuinte adquiriu em outra unidade da Federação sem a inclusão do valor adicionado, como preconiza o art. 125, II do RICMS/BA, mas é desfeito ao julgador agravar a infração. Consignou, ainda, que o contribuinte de fato estava cancelado a época da autuação, já que peticionou a SEFAZ em 30/11/2006 requerendo a sua reinclusão, mas essa somente foi deferida em 08/11/2006, tendo sido o Auto de Infração lavrado em 04/11/2006. Ressaltou que como o contribuinte tinha conhecimento da sua situação de cancelado, como informa em sua defesa, não poderia ter autorizado o envio das mercadorias antes da regularização. Observou, também, a JJF que a alegação de que a mercadoria destinava-se a prestação de serviços não restou comprovada, ressaltando que a alíquota constante da nota fiscal – 7% - indica que as mercadorias eram destinadas à comercialização.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 79 a 81 dos autos - onde em preliminar reafirma todo o teor da sua Impugnação. Quanto ao Julgado de Primeira Instância, aduz que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS de mercadorias que seriam adquiridas pela empresa para comercialização, mas que resta comprovado que as mercadorias não se destinaram a comercialização, e sim para aplicação como insumo na prestação de serviços, logo não cabendo cobrança de antecipação parcial. Aduz, ainda, que a interpretação do julgador da JJF de que a cobrança seria de ICMS referente a diferença de alíquotas não cabe, pois exerce atividade mista, e conforme o art. 7º do RICMS não é devido pagamento de diferença de alíquotas quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas. Afirma que não estava irregular no cadastro da SEFAZ, portanto não cabe a autuação.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 97 a 99 - opina-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos recursais são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão guerreada, estando a Decisão da JJF correta.

VOTO

Da análise dos autos e da legislação pertinente, restou caracterizada a situação irregular do contribuinte quando da realização da operação objeto do presente lançamento de ofício. Consta da fl.

15 dos autos, histórico da situação cadastral do contribuinte onde se verifica que o mesmo foi considerado inapto em 17/05/2006, e somente em 08/11/2006 teve sua inscrição reativada, o que demonstra que na data da autuação – 04/11/2006 – estava de fato inapto, o que embasa a exigência fiscal, a teor do art. 125, II, a, item 2, “*in verbis*”:

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

.....

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

a) destinadas a:

.....

2 - contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria.

O fato da reativação da inscrição ter ocorrido logo após o pedido de reinclusão – protocolizado, segundo a defesa, em 31/10/2006 - não obsta a caracterização da situação irregular do contribuinte quando da operação objeto da autuação. Ademais o próprio sujeito passivo confessa que sabia da sua situação cadastral irregular, e ainda assim efetivou a compra de mercadorias.

No que pertine ao argumento de que não caberia a exigência fiscal, pois o produto constante da nota fiscal seria um insumo para a sua atividade de prestação de serviço, portanto não seria para comercialização, de logo deve ser afastado já que a norma acima transcrita e clara quando determina a exigência do pagamento do imposto por antecipação por contribuinte em situação irregular, qualquer que seja a mercadoria, como bem frisou a PGE/PROFIS em seu opinativo, além do que não há prova nos autos de que o produto tinha outra destinação.

Ressalte-se, ainda, que consta do cadastro da SEFAZ – vide fls. 18 e 19 - que o sujeito passivo exerce a atividade de fabricação de compressores, inclusive peças, e como atividades secundárias o comércio varejista de outros produtos não especificados e aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais, industriais e elétricos. Assim, não há que se falar em atividades mistas. O contribuinte exerce em verdade atividades distintas, mas não mistas. Atividade mista é aquela atividade sujeita ao ICMS e ao ISS ao mesmo tempo, ou seja, numa única atividade há incidência dos dois impostos, incidentes no fornecimento de uma mercadoria concomitante a uma prestação de serviço.

Ante o exposto, entendemos inatacável a Decisão recorrida, o que nos leva ao NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo-a em sua íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **301589.0117/06-8**, lavrado contra **EBGN – EMPRESA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.422,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/9696, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR DA PGE/PROFIS