

A I Nº - 279733.0006/07-8
AUTUADO - GÓES & SILVA LTDA
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 12/06/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0178-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou demonstrado, nos autos, que a empresa não é contribuinte do ICMS, vez que não desempenha, com habitualidade, atividade sujeita a tributação por este imposto, atuando exclusivamente no ramo gráfico, ainda que possua inscrição estadual como contribuinte especial na SEFAZ. Notas fiscais acostadas ao processo referem-se a aquisição de materiais vinculados à atividade da empresa, e não caracterizam o intuito comercial, não estando tais aquisições elencadas como hipótese de pagamento da Antecipação Parcial. Infração descaracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. O contribuinte não está obrigado a manter a escrituração de entrada de mercadorias, ainda que possuindo inscrição estadual como contribuinte especial na SEFAZ, vez que não desempenha, com habitualidade, atividade sujeita ao ICMS. Aplicação do preceito normativo insculpido no artigo 5º, caput, da Lei nº 7.014/96 e no artigo 36, caput, do RICMS/BA, em conformidade com o disposto no artigo 8º, §1º, e item 77 da Lista de Serviços do Decreto-Lei nº 406/68. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/12/2007 em razão de duas imputações:

Infração 01 - Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, para fins de comercialização. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de recolher, na condição de empresa com inscrição Especial, o imposto devido a título de antecipação parcial, na aquisição interestadual de mercadorias com a utilização de alíquota interestadual. Demonstrativos às fls. 10 a 17. Exercício de 2004 - meses de outubro a dezembro; Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a dezembro. ICMS no valor de R\$54.343,92, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – Falta de registro fiscal de entradas de mercadorias sujeitas a tributação. Demonstrativo à fl. 18. Exercício de 2002 - meses de fevereiro, maio, julho a setembro, e dezembro; Exercício de 2003 – meses de fevereiro, abril e dezembro; Exercício de 2004 – meses de janeiro a março, maio e julho. Multa no valor de R\$4.527,54.

O autuado, por intermédio de advogado com procuração à fl. 70, ingressa com impugnação às fls. 55 a 66, citando os termos da imputação 01 e argüindo, preliminarmente, que o Auto de Infração é nulo porque o autuante nesse inseriu dispositivos legais que dizem respeito a empresas que vendem e fazem circular mercadorias, atividade que o contribuinte não exerce, por ser empresa que somente atende os serviços de impressão de livros, revistas, jornais, periódicos, e demais serviços gráficos sob encomenda e para uso do encomendante, e consumidor final, incidindo sobre tais operações apenas o Imposto Sobre Serviços – ISS, de competência do Município. Diz que não faz circular mercadorias, nem se credita do ICMS, e que as empresas gráficas são inscritas na SEFAZ apenas por exigência do Estado, ressaltando que outras Unidades da Federação não o exigem.

O defensor aduz não ser obrigado a manter o livro Registro de Entradas, e de nele escriturar as mercadorias adquiridas, por ser sujeito passivo apenas do ISS, pelo que a autuação não tem amparo legal. Transcreve Ementa prolatada no Acórdão CJF nº 0109-12/05 (cópia às fls. 88 a 90), na qual foi considerado improcedente Auto de Infração lavrado contra empresa gráfica, em razão de falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas. Diz que a indústria gráfica não é sujeita à tributação ainda que haja circulação de mercadorias, o que não é o seu caso, afirmando existirem inúmeras decisões do STF neste sentido, a exemplo da decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 94.939RJ, de 01/11/1981, que transcreve à fl. 58.

O sujeito passivo cita, às fls. 59 e 60, os Acórdãos JJF nº 0221-02/05 (cópia às fls. 91 a 94), JJF nº 0261-04/05 (cópia às fls. 95 a 97), JJF nº 0262-04/05 (cópia às fls. 98 a 100), CJF nº 0075-11/06 (cópia às fls. 101 a 103), CJF nº 0313-11/06 (cópia às fls. 104 a 107), e CJF nº 0383-11/06 (cópia às fls. 108 a 110), prolatados por este CONSEF, referentes a decisão pela improcedência de autuação por falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas por outra empresa gráfica, e a decisões pela improcedência de exigência de imposto por antecipação parcial, por diversas empresas do ramo de atividades gráficas.

Diz que, além da farta jurisprudência que regula a matéria, o Fisco não considerou o disposto no artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/98, e item 77 da Lista de Serviços de que trata o dispositivo, que estabelece que, em se tratando de serviços gráficos, a competência da cobrança de imposto é do Município, pelo que não se pode falar em antecipação parcial, ou diferença de imposto (ICMS). Que o Município de Feira de Santana já estabelece ser o sujeito ativo da exigência do ISS sobre os serviços gráficos. Repete ser empresa do ramo gráfico que atua no mercado de feira de Santana, tendo sempre sido tributada, desde sua fundação, em janeiro de 2001, pelo ISS, e nunca tendo recolhido o ICMS. Que as explicações que prestou ao autuante, no sentido de não ser contribuinte do imposto, foram em vão, tendo havido excesso de exação. Que as empresas prestadoras de serviços gráficos não estão sujeitas ao ICMS, mesmo que haja circulação de mercadorias, e que o STF tem rechaçado as diversas interpretações dos Estados em contrário. A este respeito, transcreve Ementas de julgados do STF, do STJ, do CONSEF/BA, e do TIT/SP, às fls. 61 a 65. Conclui pedindo a declaração de nulidade e, não sendo atendido este pleito, a declaração de improcedência da autuação, com o seu arquivamento. Requer a produção das provas em Direito admitidas, consoante artigo 5º, caput e incisos LIV e LV, da Constituição da República.

A informação fiscal foi prestada à fl. 405 (volume II), na qual o autuante diz que o Auto de Infração foi lavrado em cumprimento a Ordem de Serviço – OS que informava a necessidade de exigência do imposto devido por antecipação parcial, tendo em vista a falta de recolhimento em operações de aquisições de mercadorias, ou bens, “cujo imposto tenha sido calculado com aplicação da alíquota interestadual.” Que a autuação baseia-se no artigo 352-A, §3º, incisos I e II, que transcreve. Conclui pedindo que seja declarada a procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, não acato a arguição de nulidade da autuação, por verificar que encontram-se no processo os seus pressupostos de validade, tendo sido indicados o autuado, o montante e o fato

gerador do débito exigido, não estando o Auto de Infração, e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto à argumentação defensiva de que o Auto de Infração seria nulo porque o sujeito passivo não promove operações de circulação de mercadorias, pelo que as hipóteses normativas citadas no Auto de Infração não se aplicariam aos fatos, assinalo que, ainda que houvesse erro em indicação de dispositivos regulamentares, tal situação não implicaria em nulidade da autuação desde que, pela descrição dos fatos, ficasse evidente o seu enquadramento legal, nos termos do artigo 19 do RPAF/99. Na situação em análise, os fatos foram devidamente explicitados nas descrições das infrações, tendo o contribuinte compreendido as imputações que lhe foram feitas, conforme teor de sua impugnação, e se defendido pontualmente.

No mérito, o Auto de Infração traz duas imputações.

Quanto à infração 01, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, para fins de comercialização, constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de recolher, na condição de empresa com inscrição Especial, o imposto devido a título de antecipação parcial, na aquisição interestadual de mercadorias com a utilização de alíquota interestadual, observo que a antecipação parcial ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização.

Contudo, não é devida a antecipação parcial nas aquisições de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, ou mercadorias que sejam adquiridas para fazer parte de processo de industrialização, ou que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS, e neste sentido vem posicionando-se este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0075-11/06, nº 0313-11/06 e nº 0383-11/06, mencionados pelo contribuinte, e cujas cópias estão anexadas aos autos às fls. 101 a 110.

Não está provado, no processo, que a empresa promova a circulação de mercadorias, em relação aos produtos mencionados nas notas fiscais, a exemplo de “Chapa Optima”, papel off set, papel cartão, papel couché, papel vegetal, ou laca, dentre outros produtos, como consta nos documentos fiscais acostados ao processo pelo Fisco, e que são utilizados no exercício da atividade gráfica que é o objeto comercial do autuado.

Nestes termos, tratando-se de aquisições para uso na prestação de serviços gráficos, como se vê pela descrição dos itens nas notas fiscais acostadas pelo Fisco ao processo, não se aplica, à situação em lide, o disposto no §3º do artigo 352-A, citado pelo autuante como base normativa para a autuação.

Ademais, a empresa autuada atua no ramo gráfico, conforme dados de seu cadastro na SEFAZ, fato que alega e não é contestado pelo autuante. Tratando-se de empresa do ramo de atividades gráficas, cujos serviços são tributados pelo Imposto Sobre Serviços - ISS, nos termos do artigo 8º, §1º, e item 77 da Lista de Serviços, ambos do Decreto-Lei nº 406/68, sobre suas operações comerciais não incide o ICMS. Assim, embora o contribuinte esteja inscrito na condição de especial, não desenvolve atividade sujeita, concomitantemente, à tributação pelo ICMS e pelo ISS mas, apenas, pelo ISS, pelo que não se enquadra na hipótese prevista no inciso II do mencionado §3º do artigo 352-A.

Ressalto que o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 determina que será exigido o ICMS a título de antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Não comprovado o intuito de comercialização, está des caracterizada a Infração 01, pelo que a considero improcedente.

Quanto à segunda imputação, falta de registro fiscal de entradas de mercadorias sujeitas a tributação, não está demonstrado, nos autos, que a empresa pratica, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias, pelo que não se enquadra na condição de contribuinte deste imposto, ainda que possuindo inscrição estadual como contribuinte especial na SEFAZ.

O fato de o sujeito passivo possuir inscrição especial no cadastro da SEFAZ decorre de previsão regulamentar contida no artigo 150, inciso V, alínea “b”, item 3, do RICMS/BA, e a situação de estar inscrito na SEFAZ não define o autuado como contribuinte do ICMS, tal como previsto no artigo 5º, caput, da Lei nº 7.014/96, e artigo 36, caput, do RICMS:

Lei nº 7.014/96

art. 5º 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.

RICMS/BA:

art. 36. 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.

art. 150. Inscriver-se-ão no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

V - na condição de CONTRIBUINTE ESPECIAL:

b) as pessoas jurídicas não obrigadas a inscreverem-se mas que, por opção própria, requererem inscrição, inclusive:

3 - os estabelecimentos gráficos quando confeccionarem, exclusivamente, impressos mediante encomenda direta dos respectivos clientes.

Por conseguinte, ainda que o contribuinte promovesse a circulação esporádica das mercadorias discriminadas nas notas fiscais que embasam a autuação, o que não está provado neste processo, tal situação não o caracterizaria como contribuinte do ICMS.

As notas fiscais pertinentes a esta imputação, acostadas ao processo, referem-se a aquisição de materiais vinculados à atividade da empresa. Nos termos do caput do artigo 314 do RICMS/BA, os contribuintes do ICMS deverão manter os livros fiscais que indica em seus incisos. Porém, não se tratando de contribuinte do imposto, inexiste a obrigatoriedade de manutenção de tais livros fiscais, e de sua escrituração, pelo sujeito passivo.

RICMS/BA

art. 314. Salvo disposição em contrário, todos os contribuintes do ICMS deverão manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes livros fiscais (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92):

Nestes termos, o autuado, empresa do ramo de atividades gráficas, cujos serviços são tributados pelo Imposto Sobre Serviços - ISS, nos termos do artigo 8º, §1º, e item 77 da Lista de Serviços, ambos do Decreto-Lei nº 406/68, consoante já exposto neste voto, não está obrigado a escriturar livros fiscais relativos ao ICMS, pelo que é improcedente a infração 02.

Por tudo quanto exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279733.0006/07-8 lavrado contra GÓES & SILVA LTDA.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR