

**A. I. N.º** - 0094.6768/87-0  
**AUTUADO** - OTAVIANO PUGAS DA SILVA  
**AUTUANTE** - WELLINGTON CASTELLUCCI  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/NORTE  
**INTERNET** - 15.07.08

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0197-04/08**

**EMENTA:** ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. ESTEBELECIMENTO EM ATIVIDADE COMERCIAL SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. MULTA. Não restou caracterizado ser o autuado contribuinte do ICMS, nem a obrigatoriedade da inscrição estadual como estabelecimento em atividade comercial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/01/2008, refere-se à aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 460,00, em razão de o contribuinte encontrar-se em atividade comercial sem a devida inscrição no cadastro estadual de contribuintes.

Inconformado, o autuado apresenta defesa, tempestivamente (fl. 05), impugnando o lançamento de ofício, argüindo que é prestador de serviço autônomo e que não tem nenhuma empresa registrada em seu nome. Pede o cancelamento do presente auto de infração, ao tempo em que junta cópias do auto e do termo de visita fiscal.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor autor do feito, com base no artigo 127 § 2º do RPAF (fl. 10), argüindo que o autuado foi alcançado por descumprimento de obrigação formal em virtude de encontrar-se com um estabelecimento aberto, uma pequena indústria, sem a devida inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, apesar de intimação recebida anteriormente. Diz que o autuado alegando não possuir empresa registrada, solicita anulação do auto. Junta, no entanto, cópia do contrato de locação onde o autuado assina em nome de Metal Indústria Comércio & Representações Ltda. Pede julgamento procedente.

#### **VOTO**

A autuação decorreu da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 460,00, em razão de o contribuinte encontrar-se com situação cadastral irregular.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado mantém de fato um pequeno estabelecimento industrial, Metal Indústria Comércio e Representações Ltda, no endereço constante do auto de infração (fl. 02) e no próprio contrato de locação para fins exclusivamente comerciais, conforme reza sua cláusula sexta, sendo a própria empresa que o subscreve como fiadora (fls. 03/06), na figura de seu titular, sr. Otaviano Pugas da Silva.

Trata-se na hipótese da sociedade de fato ou irregular, chamada no Código Civil de 2002, sociedade em comum não personificada, tendo em vista não estar juridicamente constituída. A chamada sociedade em comum não é um tipo societário, mas uma condição de irregularidade em que se encontra a empresa. Por descumprir a lei, os terceiros podem prová-la de qualquer modo admitido em direito, provas testemunhais, correspondências, etc., (art. 987, CC 2002). Sem benefício de ordem, o crédito pode ser exigido do próprio sócio, em conformidade com o art. 1024 do mesmo dispositivo legal.

Entendo que a multa aplicada está prevista legalmente, procedendo-se a leitura do art. 42, XV, “F” da Lei nº 7.014/96. Outrossim, em que pese não existir nos autos provas de que houvera uma

intimação anterior para regularização do negócio, conforme consta na Informação Fiscal, fl. 10 e mesmo no Termo de Visita, que fundamentou o presente auto (fl. 02), entendendo estar presentes os motivos caracterizadores da multa, uma vez que a sociedade somente adquire personalidade com a inscrição, no registro próprio, de seus atos constitutivos, antes de iniciar suas atividades, na forma da lei.

Portanto, concluo que o descumprimento de obrigação acessória está devidamente caracterizado e voto pela procedência da autuação.

#### **VOTO VENCEDOR**

A autuação baseou-se no fato de “o contribuinte encontrar-se em atividade comercial sem a devida inscrição no cadastro estadual de contribuintes”.

Assim, o cerne da questão é a obrigatoriedade de inscrição no cadastro estadual de contribuintes do ICMS, neste Estado, tendo em vista a acusação de que o estabelecimento estaria em atividade comercial, com funcionamento de forma irregular.

O Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) tem por finalidade a habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento e o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas.

Reza o art. 150 do RICMS/BA, que inscrever-se-ão no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

**I - na condição de CONTRIBUINTE NORMAL:**

**a) os comerciantes e os industriais;**

.....

**j) as empresas prestadoras de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, quando os serviços envolverem fornecimento de mercadorias, com incidência do ICMS expressa na "Lista de Serviços" (Anexo 1), bem como as empresas prestadoras de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, quando tais serviços também envolverem fornecimento de mercadorias;**

No compulsar dos autos verifico que não há comprovação efetiva de que o estabelecimento prestava serviços com fornecimento de mercadorias, tampouco há provas da circulação de mercadorias, no momento da ação fiscal, ou em momento anterior.

Outrossim, o art. 36 do RICMS vigente define o contribuinte: “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.” Assim, a habitualidade ou o volume que caracterize intuito comercial são pressupostos para caracterização do contribuinte do ICMS, e estes fatos não estão comprovados nos autos.

Discorrendo sobre o sujeito passivo do ICMS, os parágrafos 1º e 2º, do dispositivo regulamentar acima, enumera nos incisos, outras situações em que mesmo sem habitualidade, a pessoa física e jurídica é também contribuinte.

Naquelas situações constato que o inciso I do § 2º, inclui entre os contribuintes, o industrial, o comerciante, o produtor rural. O inciso X traz o prestador de serviços não compreendido na competência tributária dos Municípios que envolva fornecimento de mercadoria; e o inciso XI tipifica o prestador de serviço compreendido na competência tributária dos Municípios, que envolva o fornecimento de mercadoria com incidência do ICMS indicada em lei complementar.

Em conclusão, na presente situação, não restou comprovado nem a habitualidade, nem o fornecimento de mercadorias, fatos que tornariam obrigatória a inscrição no cadastro estadual.

Ademais observo que constou como fiador no Contrato de locação, de fls. 10/14, Metal Indústria Comércio e Representações, não constando o CNPJ, fato que por si só também não comprova que o autuado é contribuinte do ICMS, pois este figura como locatário, pessoa física, com CPF 099.718.235-00.

Pelo exposto entendo que a infração apontada é IMPROCEDENTE.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0094.6768/87-0**, lavrado contra **OTAVIANO PUGAS DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR