

**A. I. N°** - 018328.0601/09-2  
**AUTUADO** - BRASIL TELECOMUNICAÇÕES S/A  
**AUTUANTE** - GELSON VIEIRA DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 10.12.09

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0416-04/09

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE NOTA FISCAL COM DATA DE VALIDADE VENCIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar da nota fiscal ter sido emitida de forma irregular, o imposto sobre a operação que estava sendo realizada estava suspenso, não ocorrendo descumprimento da obrigação principal. Houve neste caso, mero descumprimento de obrigação acessória, sendo aplicada de ofício a multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 11/06/09, exige ICMS no valor de R\$15.937,50, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertadas pela nota fiscal 675 emitida em 05/06/09 cuja data limite para emissão era de 31/05/09.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 15 a 40) inicialmente discorre sobre a infração, afirmando que os agentes fiscais desconsideraram a nota fiscal emitida com prazo vencido e entenderam que deixara de recolher o ICMS, em ilusória operação de venda de decodificadores.

Preliminarmente requer a nulidade da autuação tendo em vista que foi imposto acréscimo de 25% correspondente a um suposto MVA, sem indicar no campo “enquadramento” e “tipificação” ou em qualquer outro lugar, a previsão legal para tal majoração da base de cálculo.

Afirma que o ato administrativo de lançamento tributário é vinculado, devendo ser feita a descrição correta da infração, observância dos prazos da ação fiscal, o uso do instrumento material adequado para corporificar o lançamento, entre outras de acordo com o art. 142 do CTN.

Transcreve o art. 39 do RPAF/BA, o qual determina que o Auto de Infração deve conter indicativo da norma legal tributária concernente a cada ocorrência que fundamenta a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória e que diante da ausência da indicação dos fundamentos que sustentam a aplicação do MVA, configura cerceamento do direito de defesa, visto que não pode se defender de algo que desconhece.

Transcreve o art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, parte de texto de autoria do professor Celso Ribeiro de Bastos, arts. 2º e 18 do Dec. 7.629/99, ementas dos Acórdãos JJF 0459-01/02 e 0463-01/02 e Acórdão: 17.878/08/2ª do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, Acórdão nº 202-17.612 do antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que tratam de decisões de nulidades proferidas por cerceamento do direito de defesa.

Entende que na situação presente deve ser aplicado o disposto no art. 18, II do Dec. 7.629/99, declarando a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa.

No mérito, ultrapassada esta preliminar, afirma que o lançamento não se sustenta. Transcreve os artigos 199, 213 e 209, do RICMS/BA que foram indicados no enquadramento da infração e tratam do prazo de validade de utilização de nota fiscal e da inidoneidade em decorrência do seu vencimento. Diz que não merece guarida a acusação.

Afirma que a exigibilidade do ICMS relativo aos bens consignados na nota fiscal nº 00675 é incabível, visto que foram enviadas para serem consertadas e não comercializadas, como indica o código CFOP nº 6915 nela inscrito: “6915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo”, bem como o CTCR nº 590929 do transporte para a empresa NORTCOM Indústria de Equipamentos Eletrônicos S/A, sediada na cidade Ilhéus/BA, exclusivo prestador de serviços de consertos em aparelhos decodificadores, a exemplo das notas fiscais emitidas por serviços já realizados cujas cópias foram juntadas às fls. 56/66.

Junta cópias do Balanço Patrimonial, Razão Contábil da conta 1321001 (“Decoders”) para tentar provar que os bens objeto da autuação (decodificadores) pertencem ao seu ativo fixo e não constituem bens alvo de comercialização, visto que não integra o estoque de mercadorias, tendo em vista que exerce atividade de prestadora de serviço.

Ressalta que de acordo com o documentário acostado à defesa, jamais teve o intuito de comercializar os equipamentos decodificadores apreendidos pela fiscalização, como atesta a Declaração de Apuração e livro de Apuração do ICMS, visto que realiza apenas atividade de prestação de serviços de acesso a TV a Cabo e internet, não realizando operação de compra e venda de mercadorias. Diz que tal afirmação pode ser comprovada pela cópia do balanço analítico, no qual consta receitas de prestação de serviços pela locação de “decoders” e nenhuma receita de venda de decodificadores, cujos aparelhos não são vendidos aos assinantes.

No intuito de trazer mais veracidade aos fatos, colaciona ainda o livro de Registro de Saídas, do qual também é possível retirar a informação de que os bens foram enviados para conserto com suspensão da incidência do ICMS relativa a esta operação nos termos do Anexo III do RICMS/MG e art. 627, I, do RICMS/BA, conforme transcreveu à fl. 27.

Afirma que diante dos elementos acima apresentados é absolutamente descabida a presunção fiscal de que estaria efetuando o comércio de aparelhos decodificadores, quando mais que estes estavam danificados, mesmo porque o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, estabelece que apenas será contribuinte do ICMS aquele que, com volume e habitualidade, realiza atividades de comércio de mercadorias o que não é o seu caso.

Transcreve decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal contida no AgRRE 579084 AgR/AL cuja relatora foi a Min. CÁRMEN LÚCIA, e AgRg no Ag 803690/RJ cujo relator foi o Ministro HUMBERTO MARTINS, que tratam da impossibilidade de dedução do material empregado na definição da base de cálculo do ISS.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que a operação praticada que foi objeto da exigência do ICMS, se trata de remessa de mercadoria para conserto por parte de empresa que exerce atividade de prestação de serviço de comunicação, destinado a empresa especializada em reparos de equipamentos eletrônicos e não há do que se falar em incidência de ICMS de suposta operação de venda de mercadorias.

Aduz que conforme Estatuto e contrato de “Condições Gerais de Prestação de Serviços de TV à Cabo”, aluga os decodificadores, conforme Cláusulas 6, 12 e 20 de seu Contrato de Prestação de Serviços de TV a Cabo e o balanço patrimonial analítico, sendo os mesmos entregues aos clientes em regime de locação, no momento da conexão, ficando o ASSINANTE responsável pela guarda e conservação de tais equipamentos na forma do art. 565 e seguintes do Código Civil, devendo restituí-los à OPERADORA no término do contrato e de acordo com a cláusula 20, se ao final do contrato, o cliente devolver o decodificador danificado, cabe a eles as custas do conserto, evidenciando que não comercializa aparelhos que são de sua propriedade.

Salienta que de acordo com o art. 6º do RICMS/BA, não há incidência do ICMS sobre a saída de bens integrados ao ativo permanente das organizações, sendo evidente que não deve haver a incidência de ICMS sobre os bens consignados na nota fiscal nº 675, pois fazem parte do seu ativo permanente e destina-se a locação aos assinantes dos serviços de TV a Cabo.

Pondera que mesmo que assim não se compreenda, a utilização da nota fiscal vencida consignando ativo imobilizado remetido para conserto no Estado da Bahia, não causou nenhum prejuízo ao Erário Público baiano, visto que conforme disposto no art. 627 do RICMS/BA é suspensa a incidência do ICMS na remessa de bens remetidos para conserto. Desta forma, diz que mesmo que estivesse portando uma nota fiscal vencida, não haveria a incidência do imposto. Transcreve ementa dos Acórdãos CJF 0059/00 e JJF 0960/99 cuja ementa enuncia que “Ficou comprovada a utilização irregular de inscrição cadastral, porém não houve falta de recolhimento do imposto”.

Afirma que a nota fiscal 676 juntada à impugnação demonstra que houve cancelamento de todo bloco de nota fiscal vencido, comprovando a intenção de não lesar o Erário Público, tendo agido com boa-fé com que sempre agiu e que no caso presente ocorreu um simples equívoco que não implica em incidência do ICMS, não podendo ser considerado fato gerador do imposto o mero descumprimento de obrigação tributária acessória, sem causa de prejuízo ao erário público.

Diz ainda, que caso não seja reconhecida a não incidência do ICMS em remessa de equipamentos para conserto, ou hipotética alienação de bens do ativo permanente, argumenta que na apuração da base para cálculo do ICMS e penalidade, foi acrescido MVA de 25%, sem indicar o dispositivo legal que autoriza tal majoração da base de cálculo do tributo e da multa, configurando-se arbitramento ilegítimo e destituído de fundamentação legal.

Com base no princípio da legalidade tributária (artigos 3º, 9º, I, 97, IV e V do CTN) e art. 13 da LC. 87/96 e 148 do CTN, caso mantida a autuação requer que o ICMS e a multa devam ser calculados sobre o valor da operação de R\$75.000,00 e não sobre o valor estimado de R\$93.750,00, cuja sobrevalorização não encontra amparo em qualquer preceito legal.

Alega que o agente fiscal não atentou ao prescrito no art. 15, III, da LC 87/96, o qual estabelece que quando se desconhece o valor da transação deve ser constituída a base de cálculo a partir do preço FOB do estabelecimento comercial à vista, na venda a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante.

Diz que na eventualidade de não serem reconhecidos nenhum dos pleitos acima apontados, em razão dos princípios da razoabilidade, equidade e insubsistência da obrigação, principal, a penalidade imposta deve ser cancelada ou reduzida, tendo em vista os fatos que passou a expor.

Não agiu com dolo, os equipamentos fazem parte do seu ativo permanente, não foram despachados para qualquer tipo de comercialização, estavam danificados, o seu objeto social é exclusivo de prestação de serviços de TV a cabo, não sendo permitida a comercialização de mercadorias e que a remessa de bens para conserto não enseja a cobrança do ICMS nem, por presunção, não causando qualquer prejuízo ao Erário.

Transcreve o art. 158 do Dec. nº 7.629/99, que regula o processo Administrativo Tributário da Bahia, estabelece que as multas poderão ser canceladas ou reduzidas, desde que comprovado que a infração não tenha sido praticada com dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado a falta de recolhimento do tributo, conforme entendimento manifestado no ACÓRDÃO JJF Nº 0021-04/02 do CONSEF.

Afirma que diante dos fatos expostos, não há motivo justo e razoável para se exigir uma multa, com porcentual 100% sobre o total da operação acrescido da MVA, devido a mero engano, cometido senão pela falta de atenção do funcionário responsável pela emissão da nota fiscal. Requer o cancelamento da multa tendo em vista que não agiu com dolo e muito menos deixou de recolher o tributo.

Por fim, requer declarar nulo o lançamento, caso superado a preliminar pela improcedência do lançamento com o conseqüente cancelamento da cobrança do ICMS e da penalidade imputada e por último, não havendo cancelamento do crédito tributário, que seja compelida tão somente ao pagamento do ICMS e da multa sobre o valor total da operação, afastando-se a MVA.

O autuante na sua informação (fls. 108/109) fiscal discorre sobre a infração e diz que a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrência que culminou no Auto de Infração está embasado no RICMS/BA e não na Constituição Federal e Código Tributário Nacional.

Afirma que não procede o pedido de nulidade com alegação de que a data limite para emissão do documento fiscal era 31/06/09 e sim a que consta no documento fiscal de 31/05/09. Aduz que o documento fiscal é considerado inidôneo nos termos dos artigos 199, I, 213 c/c 209, III tudo do RICMS/BA.

No mérito afirma que não sabe por que foram juntadas com a defesa outras decisões relativas a outros contribuintes com atividades econômicas divergentes do estabelecimento autuado a exemplo do documento descrito na fl. 22 do processo.

Afirma que o fato é que o recorrente emitiu a nota fiscal 675 com data de limite vencida o que ocasionou a lavratura do Auto de Infração, com fundamento no RICMS/BA. Requer a procedência do Auto de Infração.

### VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que foi acrescida MVA ao valor da operação sem que fosse indicado o fundamento legal para a majoração da base de cálculo.

Verifico que o Auto de Infração identifica o sujeito passivo, descreve a infração, os dispositivos legais do enquadramento e da tipificação da multa, indica base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido em consonância com o disposto no art. 39 do RPAF/BA, o que possibilitou ao recorrente exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Quanto à apuração correta da base de cálculo e do imposto devido, entendo que configura o mérito da questão o que passo a apreciar a seguir.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertadas pela nota fiscal com limite para emissão vencido.

Quanto à inidoneidade do documento fiscal verifico que a nota fiscal 675 (fl. 5) tinha data limite para emissão em 31/05/09, tendo a mesma sido emitida em 05/06/09 para acobertar circulação de mercadorias, neste particular assiste razão ao autuante, a nota fiscal é inidônea nos termos dos artigos 199, 213 e 209, do RICMS/BA.

Observo que conforme indicado na nota fiscal a natureza da operação é de “Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo” de 1.000 aparelhos “Decoder CFT 2200 e 2014”, conforme CFOP 915 indicado e destinado a empresa NORTCOM Indústria de Equipamentos Eletrônicos S/A, sediada na cidade Ilhéus/BA, tendo inclusive sido indicado no campo de informações complementares que o ICMS encontra-se suspenso nos termos do art. 19, I do RICMS/MG, “cuja mercadoria deve retornar no prazo de 180 dias”.

Por sua vez, o impugnante juntou com a defesa diversos documentos, a exemplo:

- a) Estatuto Social (fl. 45), cujo artigo 2º indica ter como objeto a prestação de serviços a cabo e a distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS);
- b) CTRC 590929 emitido pela DANI – Transporte Rodoviário de Cargas (fl. 56) emitido em 09/06/09 com indicação da nota fiscal que acobertava a operação de remessa de bens para conserto;
- c) Diversas notas fiscais emitidas pela NORTCOM contra o estabelecimento autuado relativo a prestação de serviços de consertos em aparelhos decodificadores acompanhados dos respectivos comprovantes de pagamentos pelos serviços (fls. 56/68);
- d) Balanço Patrimonial e Razão Contábil da conta 1321001 (“Decoders”) que demonstra que os bens objeto da autuação (decodificadores) pertencem ao seu ativo fixo;

- e) Declaração de Apuração e livro de Apuração do ICMS, que demonstram receitas de prestação de serviços de acesso a TV a Cabo e internet, que são tributadas pelo ICMS, mas não há indicação de venda de mercadorias (decoders) objeto da autuação.

Por tudo que foi exposto, concluo que embora a nota fiscal que acobertava a operação fosse comprovadamente inidônea, nesta situação específica, a operação não se referia a transporte de mercadorias e sim de bens destinados a conserto, cujo ICMS é suspenso nos termos art. 627, I, do RICMS/BA. Logo, não há incidência do ICMS sobre a operação, neste caso, só haveria incidência do imposto caso os bens não retornassem ao estabelecimento do remetente no prazo legal estabelecido, fato que não ocorreu.

Levo em consideração, os documentos juntados com a defesa comprovando o exercício de atividades de locação dos bens que foram identificados pela fiscalização acobertando a circulação de mercadorias pela nota fiscal inidônea, fato não contestado na informação fiscal. Entendo que seria cabível a exigência do imposto caso ficasse comprovado além da inidoneidade do documento fiscal, que a operação fosse de comercialização de mercadorias ou desincorporação de bem do ativo imobilizado, tendo em vista que pelos elementos que se apresentam no processo, fico convencido de que não ocorreu nem uma coisa nem outra.

Consequentemente, o equívoco cometido pelo estabelecimento autuado implicou em falta de recolhimento do imposto, visto que se trata de operação com ICMS suspenso.

Com as conclusões acima, improcede a exigência fiscal, por não implicar em ocorrência de fato gerador do ICMS (obrigação principal), motivo pelo qual deixo de apreciar os pedidos de exclusão da MVA de 25%, cancelamento ou redução da multa, reformulação da base de cálculo a partir do valor da operação.

Entretanto, consoante o art. 157 do RPAF/99 cabe a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória pelo fato de que o contribuinte emitiu notas fiscais com prazo de validade vencida, emprestando-se, neste caso, a penalidade prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 50,00.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 018328.0601/09-2, lavrado contra **BRASIL TELECOMUNICAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR