

PROCESSO - A. I. N° 299166.0748/08-0  
RECORRENTE - NABA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0268-01/09  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 08/03/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0013-11/10

**EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA.** A exigência do ICMS por antecipação parcial só pode ser efetivada se restar demonstrado que as mercadorias adquiridas se destinavam a posterior comercialização. Descaracterizada a infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JJF, a qual, por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração referente à exigência de ICMS, no valor de R\$3.820,95, acrescido de multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto por antecipação, 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 no Estado da Bahia. Consta, na “Descrição dos Fatos”, que o contribuinte possui inscrição na condição de especial, o que não lhe dá o direito de comercializar mercadorias, equiparando-se, portanto, a contribuinte sem inscrição estadual.

O autuado, irresignado, através de representante legalmente constituído, apresentou, tempestivamente, defesa (fls. 35 a 39), aduzindo ter por objeto social a prestação de serviços de produções, promoções de eventos artísticos, culturais e recreativos, conforme contrato social consolidado (fls. 40 a 43), sendo responsável pela produção e desfile do “Bloco Carnavalesco Nana Banana”, que desfila no circuito Barra-Ondina, na quinta-feira, na sexta-feira e no sábado de carnaval, fato público e notório.

Argumentou que, para a execução de seus objetivos sociais, adquire mercadorias (abadás, bonés, mamães-sacode, balões infláveis, adesivos, etc.), para a composição dos *kits* de fantasia que são distribuídos aos associados da entidade carnavalesca Nana Banana, a título de indumentária que dará acesso ao bloco.

O autuante trouxe aos autos a informação fiscal de fls. 52, sustentando a procedência da autuação, uma vez que, no valor a ser pago pelos foliões a título de indumentária para acesso ao bloco (“kit”), está embutido o quantitativo total dos produtos, tratando-se de uma venda de mercadorias disfarçada de prestação de serviço, lesando o erário estadual, uma vez que a alíquota do ISS é muito inferior à do ICMS.

A 1ª JJF, por meio do Acórdão JJF n°. 0268-01/09, julgou, por unanimidade, o Auto de Infração procedente, tendo o relator, inicialmente, realçado que o procedimento fiscal atende às regras contidas no art. 39 do RPAF/99, tendo a infração sido descrita de forma clara e precisa, encontrando embasamento no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, lavrado dentro do previsto no art. 28, inciso IV, do mesmo Diploma Regulamentar, que acompanhava o trânsito das mercadorias, apresentada en

Assim, foi proferida a seguinte Decisão:

*“Examinando a nota fiscal mencionada, constato que se refere à aquisição de 6.800 bonés em microfibra bordados, quantidade esta que se mostra bastante significativa, o que caracteriza o intuito comercial.*

*Saliente, inclusive, que apesar de o impugnante ter afirmado que essas mercadorias se destinam à composição de kits de fantasia a serem distribuídos aos associados, para fins de acesso a uma determinada entidade carnavalesca, não existem provas nos autos de que as mercadorias em questão têm essa destinação exclusiva. Verifico, inclusive, que o autuante demonstrou que outra nota fiscal, que anexou à fl. 08, se refere a mercadoria idêntica, originada do mesmo fornecedor, tendo como destinatária uma empresa comercial estabelecida no mesmo shopping center existente na Cidade de Salvador, onde se encontra localizada a loja do autuado.*

*Outra observação que entendo ser importante na análise da presente questão diz respeito ao fato de existir uma forte vinculação entre as mencionadas empresas, isto é, entre o autuado e a boutique destinatária dos produtos constantes na outra nota fiscal. Sendo assim, entendo que não ficou devidamente comprovado que as mercadorias, objeto da autuação, não se destinavam à mercancia. Ao contrário, ficou configurada uma das hipóteses legais de ocorrência do fato gerador do ICMS, qual seja, a circulação de mercadorias em volume que caracterize intuito comercial, conforme o disposto no artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96, devendo ser exigido o imposto, por antecipação, pelas saídas tributáveis subsequentes.*

*Concluo, assim, que existem evidências de que as mercadorias se destinavam à comercialização, considerando que a sua quantidade caracteriza intuito comercial, em consonância com o disposto no art. 5º, caput, da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo em seguida.*

*“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.”*

*No que se refere à alegação do autuado de que em decorrência do fato de seu objeto social se referir à prestação de serviços de produção e promoção de eventos artísticos e recreativos, se constitui em contribuinte tão somente do tributo municipal (ISSQN), ressalto que em conformidade com a Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003, que versa sobre os serviços sujeitos ao imposto de competência dos municípios, o serviço relativo à produção de eventos, shows, danças, desfiles, festivais e congêneres, está sujeito à incidência do ISSQN, entretanto exclusivamente no que diz respeito aos serviços vinculados à atividade desenvolvida pelo prestador, não se incluindo o fornecimento de mercadorias. Sobre estas, obviamente, incide o tributo estadual, que vem a ser o ICMS.*

*Pelo exposto, entendo que está correta a exigência fiscal, devendo ser aplicada a penalidade de 60%, como indicado no lançamento, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96, considerando que não houve evidência de fraude.*

*Voto pela procedência do Auto de Infração.”*

Inconformado, o autuado interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 68 a 72), inicialmente analisando os fatos ocorridos na autuação e, em seguida, aspectos do relatório e voto da Decisão de 1ª Instância.

O recorrente sustentou a mesma tese defensiva de que não comercializa as mercadorias que adquire e, conforme demonstram os documentos, tem por objeto social a prestação de serviços de produções, promoções de eventos artísticos, culturais e recreativos, dentre os quais a realização de desfile de bloco carnavalesco no carnaval de Salvador.

Ratificou que as mercadorias objeto da autuação são utilizadas para compor o “kit” distribuído aos foliões associados, juntamente com abadás, adesivos, bastões infláveis, etc..., como material promocional e de acesso ao Bloco Nana Banana, sendo tal fato público e notório.

Disse ser improcedente a afirmativa fiscal, bem como equivocado o Acórdão recorrido, no sentido de que os bonés indicados são objeto de comercialização, posto que, em verdade, são eles fornecidos aos foliões, juntamente com os demais itens que compõem o “kit”, visando a completa prestação do serviço, ressaltando ser o seu porte obrigatório para fins de acesso ao bloco.

Salientou, em repetição à tese defensiva, que a aquisição dos bonés se dava por contribuinte exclusivamente prestador de serviço, inscrito na condição de especí alíquota de 18%, encerrando-se a fase de tributação do IC

apresentando-se absolutamente improcedente a apreensão e respectiva lavratura do Auto de Infração.

Citou e transcreveu o art. 353 do RICMS/BA, como fundamento para confirmar, que não sendo as mercadorias destinadas à comercialização, não era o responsável tributário por substituição, na forma preconizada no referido artigo.

Destacou, ainda, que, para sepultar de vez a presente autuação, visto que a referida mercadoria foi adquirida com “alíquota cheia” e destinada a prestação de serviço, conforme preceitua o art. 7, I do RICMS/BA e o Parecer SEFAZ/BA nº 5386/2003 (transcritos em parte), não há que se falar em diferença de alíquota, muito menos em falta de recolhimento do ICMS, destacando a total improcedência da autuação.

Pedi a reforma da Decisão, para que se julgassem improcedentes a ação fiscal objeto da lide.

A PGE/PROFIS elaborou Parecer da lavra da ilustre Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, ratificado pela ilustre Procuradora Sylvia Amoedo, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário, apoiada no fato de que os argumentos recursais confirmam que se trata de aquisições por contribuinte inscrito na condição especial, de produtos destinados a prestação de serviço de entretenimento.

Ressaltou a PGE/PROFIS ser premissa para a incidência da antecipação parcial a comprovação de que as mercadorias adquiridas se destinam à comercialização, conforme prevê o art. 352-A do RICMS/97.

Asseverou que, de forma oposta às fundamentações da autuação e da Decisão, a quantidade de bonés (6.800 unidades) indica, exatamente, não serem destinadas à comercialização e, sim, ao uniforme do bloco carnavalesco Nana Banana, que a empresa é a dona, conhecido na cidade por ter milhares de participantes.

Nesse passo, entendeu que, comprovado o fato de que as aquisições interestaduais se prestavam exclusivamente à execução de serviços por empresa com atividades tributadas pelo ISS e não pelo ICMS, não poderia ser exigida a antecipação parcial do ICMS, frisado ser esse posicionamento já externado, por diversas vezes, em julgamentos do CONSEF.

## VOTO

É objeto deste Recurso Voluntário a Decisão da 1ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS em decorrência da constatação de falta de recolhimento do imposto por antecipação que, segundo o autuante, não foi recolhido pelo contribuinte inscrito na condição de especial na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias adquiridas para comercialização, oriundas de outra unidade da Federação.

Do cuidadoso exame da procedimentalidade, entendo que, *data venia*, a Decisão recorrida se apresenta passível de reforma, porquanto, de acordo com descrição minuciosa no Relatório, o sujeito passivo demonstrou exercer tão-somente a atividade de prestação de serviço de entretenimento, no caso concreto, a realização de desfile de bloco carnavalesco no carnaval da Cidade do Salvador, logo, como contribuinte apenas do ISSQN, não sendo, consequentemente, a mercadoria adquirida destinada à comercialização, mas para uso e consumo nas prestações de serviço.

Ressalte-se que esse tipo de prestação de serviço está prevista, com clareza, no item 12.15 da Lista de Serviços, aprovado na Lei Complementar nº 116/03, sem ressalva de incidência no fornecimento de mercadorias concomitante com esta prestação de serviço.

Por tais motivos, posicionei-me na linha de que a infração imputada não pode prosperar.

Comungo do posicionamento expressado pelo Parecer da PGE/PROFIS, fls. 77/78, segundo o qual a presunção invocada pela JJF, ressalte-se, mais uma vez, não prevista em Lei, de que as mercadorias são adquiridas para comercialização, em face da quantidade, não pode prevalecer, se existente explicação plausível do autuado, para a destinação das mercadorias, não podendo a quantidade ser o determinante para identificação de ser, ou não, para comercialização.

Por conseguinte, também endosso a manifestação da PGE/PROFIS, quando assevera que, ao contrário da fundamentação da autuação e da Decisão recorrida, a quantidade de bonés (6.800 unidades) indica exatamente o oposto, ou seja, não ser para comercialização, já que a empresa é promotora do bloco carnavalesco “NANA BANANA”, conhecido na Cidade de Salvador por se apresentar com a participação de alguns milhares de associados, os quais só têm acesso ao bloco quando devidamente uniformizados.

De tal sorte, a cobrança do ICMS por antecipação só pode ser efetivada se restar concretamente demonstrado que as mercadorias adquiridas destinam-se a posterior comercialização e, no caso versado, entendo suficientemente comprovado que as aquisições interestaduais se destinavam exclusivamente à execução dos serviços por parte da empresa autuado, a qual exerce atividades tributadas pelo ISSQN e não do ICMS e, dessa maneira, não lhe pode ser aplicada a antecipação tributária.

De todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e considerar improcedente o lançamento apontado no Auto de Infração explicitado, por ser de Direito e de Justiça.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.0748/08-0, lavrado contra **NABA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS