

A. I. N° - 153378.0278/12-0
AUTUADO - RODRIGO ESPINDOLA
AUTUANTE - MARCOS ANTONIO BOMFIM MACHADO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 25.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0266-05/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA DESTINADA À PESSOA FÍSICA EM QUANTIDADE QUE CARACTERIZA INTUITO COMERCIAL. EXIGENCIA DO IMPSTO. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/04/2012, exige o ICMS do destinatário, no valor de R\$ 15.300,00, acrescido da multa de 60%, referente à antecipação tributária, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta, ainda, do campo “Descrição dos Fatos”: “MERCADORIAS DESTINADAS A PESSOA FÍSICA EM QUANTIDADE QUE CARACTERIZA INTUITO COMERCIAL”. Foram dados como enquadrados os artigos 12-A e 32 da Lei 7.014/96 c/c o art. 332, inciso II, alínea “b” e §§ 2º e 3º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Tudo conforme documentos às fls. 6 a 14 dos autos, especialmente o DANFE nº 510, emitido pela Henritec Serviços de Teleinformática Ltda, empresa estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, com natureza da operação de Remessa para Serviço, destinando quatro “MODEM SATÉLLITE CDM 625 (COMTECH)”, para o Rodrigo Espindola, no valor de R\$ 72.000,00.

A Henritec Serviços de Telecomunicações Ltda, através de seu representante legal, Sr. Rodrigo Espindola, funcionário da citada empresa, às fls. 18 e 19 dos autos, apresenta defesa, na qual requer a nulidade do Auto de Infração, pelos seguintes motivos:

1º) A autuação é improcedente, pois, pelos termos em lei quando a natureza se tratar de remessa para serviço não há incidência de ICMS e outros impostos, conforme art. 7º, IX, do Decreto nº 45490/00 do RICMS, uma vez que se trata de equipamentos para manutenção e reparação na execução do serviço, os quais, após a execução do serviço, retornaram para a empresa.

2º) Não é previsto em lei uma regra para emissão da nota fiscal de simples remessa para execução de serviço, podendo a empresa emitir em nome de pessoa física ou jurídica. Portanto, não houve “situação irregular pela falta de documentação fiscal”, nem “documentação inidônea”. Para existência de qualquer imposição tributária, deverá haver um “FATO”. Não se pode, arbitrariamente, notificar um ato distinto do que aquele qualificado pela lei, deve-se tributar “ALGO”, um “FATO GERADOR”, que no caso em epígrafe, nunca ocorreu, pois a documentação existente comprova uma remessa para execução de serviço e não uma venda ou uma compra de equipamentos.

Assim, pede o cancelamento do Auto de Infração e anexa documentos às fls. 20 a 50 dos autos.

Preposto fiscal que prestou a informação fiscal, às fls. 55 a 59 dos autos, em relação à impugnação do lançamento que gerou o auto de infração em questão, lavrado na fiscalização de mercadorias em trânsito, em que se exige a antecipação do ICMS em razão da falta da inscrição do contribuinte destinatário das mercadorias, salienta que a peça vestibular é bem clara sobre o assunto: “mercadorias destinadas à pessoa física em quantidade que caracteriza intuito comercial”. Registra que o autuado invoca outra linha de defesa no sentido de desqualificar a ação fiscal, ou seja, que as quatro antenas parabólicas seria para execução de serviço abrangida pelo ISS, sem, contudo, recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia, tentando fazer crer que a operação tributada seria não tributada, simulando uma prestação de serviço não tributada pelo ICMS.

Assim, segundo o preposto fiscal, a questão principal se resume à definição da condição do autuado como contribuinte ou não do ICMS, conforme previsto no art. 5º da Lei nº 7.014/96, do que

conclui que o autuado se enquadra. Afirma que o Auto de Infração foi lavrado com a finalidade de inibir a prática desta operação, que implica em concorrência desleal com contribuintes realmente inscritos no Cadastro Estadual. Em seguida, destaca que:

1. A legislação tributária é expressa no sentido de determinar a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado – para contribuinte, pessoa física ou jurídica, que pratica operações ou prestações de serviço sujeitas à incidência do ICMS;
2. A despeito de não existir norma expressa, proibindo a venda de mercadorias para comercialização, por contribuinte do ICMS, não inscrito no Cadastro Estadual, depreende-se da legislação tributária que ao realizar tal operação o contribuinte regular está contribuindo para a prática da disseminação da informalidade, podendo ser responsabilizado por solidariedade pelo pagamento de tributo e penalidades pecuniárias devidos pelo contribuinte em situação fiscal irregular ou não inscrito, nos termos do art. 6º, inciso IV, da Lei nº 7014/96.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do destinatário da operação o ICMS de R\$ 15.300,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.”, sendo dado como infringidos os artigos 12-A e 32 da Lei 7.014/96 c/c o artigo 332, inciso III, alínea “b” e §§ 2º e 3º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Como “Descrição dos Fatos” foi consignada que: “MERCADORIAS DESTINADAS A PESSOA FÍSICA EM QUANTIDADE QUE CARACTERIZA INTUITO COMERCIAL.”

Da análise das peças processuais que fundamentam a acusação fiscal, às fls. 6 a 14 dos autos, se verifica que o DANFE nº 510, objeto da exação fiscal, consigna como destinatário das mercadorias a pessoa física de Rodrigo Espindola, o qual consta como sujeito passivo do Auto de Infração. Também se observa da planilha, à fl. 8, que o valor da operação de R\$ 72.000,00 foi acrescido da MVA de 25%, correspondente a R\$ 18.000,00, perfazendo a base de cálculo para apuração do imposto de R\$ 90.000,00 que, a alíquota de 17%, resultou o ICMS exigido de R\$ 15.300,00.

Assim, diante de tais observações, constata-se que, apesar do enquadramento da infração consignar dispositivo legal relativo à *antecipação parcial* do imposto, tanto a acusação fiscal quanto a descrição dos fatos denotam tratar-se da antecipação tributária do imposto, propriamente dita, em razão da aquisição de mercadorias destinadas à contribuinte não inscrito, consoante prevista no art. 5º, da Lei nº. 7.014/96, na condição de contribuinte do ICMS de pessoa física, ora autuada, por realizar operações de circulação de mercadoria em volume que caracteriza intuito comercial, devendo recolher o imposto por antecipação tributária, antes da entrada no território baiano, apurado sobre o valor da operação, acrescida da MVA, como previsto no art. 23, II, c/c o art. 8º, § 4º, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, conforme se apurou à fl. 8 dos autos.

Há de se ressaltar que, por se tratar de um Auto de Infração, modelo 4 (Trânsito), a responsabilidade solidária do transportador, em relação às mercadorias procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro, não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos, conforme previsto no art. 6º, III, “b”, c/c o § 3º, da Lei nº 7.014/96.

Deve-se registrar que o direito de defesa e do contraditório foi plenamente exercido, uma vez que as razões de defesa demonstram inteira compreensão do fato acusado ao alegar que:

Pelos termos em lei quando a natureza se tratar de REMESSA PARA SERVIÇO NÃO HÁ INCIDÊNCIA DE ICMS E OUTROS IMPOSTOS CONFORME ARTIGO 7 INCISO IX DO DECRETO 45490/00 DO RICMS; pois se trata de equipamentos para manutenção e reparação na execução do serviço, estes equipamentos após a execução do serviço retornam para a empresa.

Sendo assim, considerando que o autuado apresentou suas razões de defesa, inclusive com razões de mérito, o que comprova a inexistência de prejuízo ou embaraço ao sujeito passivo no seu direito ao contraditório, como também, nos termos do art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe

seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, verifico que o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais, possibilitando determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Assim, ultrapassadas estas análises preliminares, no mérito verifica-se que as razões de defesa são insuficientes para elidir a acusação fiscal, pois se limita a pedir a anulação do Auto de Infração sob a alegação de que a operação do envio ao autuado de quatro “MODEM SATÉLLITE CDM 625 (COMTECH)”, consignada no DANFE nº 510, à fl. 14 dos autos, se trata de “REMESSA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇO CARACTERIZADO E COMPROVADO”, sendo a autuação fiscal improcedente, pois se trata de equipamentos para manutenção e reparação na execução do serviço, e estes equipamentos, após a execução do serviço, retornaram para a empresa.

Contudo, não comprova sua alegação de que tais produtos retornaram, o que se conclui, nos termos do art. 142 do RPAF, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, assim como, consoante previsto no art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por sua vez, conforme consulta da NCM/SH nº 85176142 constante no referido DANFE, verifica-se tratar-se de “VSAT (*Very Small Aperture Terminal*), sem conjunto antena-refletor”, o que depõe contra o alegado pelo defendente de que “se trata de equipamentos para manutenção e reparação na execução do serviço”. Assim, da análise do produto e de sua quantidade, verifica-se tratar-se de “MERCADORIAS DESTINADAS A PESSOA FÍSICA EM QUANTIDADE QUE CARACTERIZA INTUITO COMERCIAL”, como consignado na “Descrição dos Fatos”, sendo devido o imposto por antecipação tributária, na entrada da mercadoria no território deste Estado.

Entretanto, nos termos previsto no art. 23, § 5º, da Lei nº 7.014/96, o imposto a ser pago corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação própria. Da análise da planilha de fl. 8 dos autos, observa-se que, do valor exigido de R\$ 15.300,00, não foi deduzido o crédito fiscal que deveria ter sido destacado no documento fiscal (DANFE 510), o qual seria, à alíquota de 7%, o valor de R\$ 5.040,00, o que resultaria na antecipação do ICMS devida de R\$ 10.260,00.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 10.260,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 153378.0278/12-0, lavrado contra **RODRIGO ESPINDOLA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.260,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR