

PROCESSO - A.I. N° 1105260131/02-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NUTRICIONAL PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDOS - NUTRICIONAL PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO- Acórdão 3ª JFJ n° 0265-03/02
ORIGEM - IFMT/DAT/METRO
INTERNET - 05.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0422-11/02

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. DESTINATÁRIO COM INSCRIÇÃO CADASTRAL BAIXADA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Sendo as mercadorias destinadas a contribuinte em situação irregular no cadastro estadual, deve ser considerada como destinada a contribuinte incerto, devendo ser exigido o pagamento do imposto devido sobre as operações subsequentes, quando do ingresso das mesmas no território deste Estado. Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se o valor originalmente exigido. Mantida a Decisão. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário - previsto no art. 169, inciso II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n° 0265-03/02, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado, bem como Recurso de Ofício, com base no art. 169, inciso I, “a”, item 1 do mesmo diploma regulamentar .

O Auto de Infração foi lavrado imputando ao recorrente a falta de recolhimento *do ICMS* na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição cancelada.

A Decisão Recorrida – fls. 82 a 93 – foi pela manutenção e parte da exigência fiscal, em Decisão não unânime, tendo sido prolatado o seguinte voto vencedor, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“Data venia, discordo frontalmente do entendimento manifestado no voto do douto Relator, pela nulidade deste Auto de Infração.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, por antecipação, relativamente à aquisição de mercadorias em outros Estados, tendo em vista que o contribuinte estava com sua inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia e não efetuou o pagamento do tributo na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso.

A prova de que o contribuinte autuado estava com a sua inscrição cadastral cancelada foi acostada à fl. 7 dos autos, emitida pelo “Sistema de Informações da Administração Tributária”, que atesta que o cancelamento foi efetuado no dia 08/01/02, por iniciativa da repartição fazendária, com fundamento no artigo 171, inciso I, do RICMS/97, uma vez que ficou comprovado, através de diligência fiscal, que o contribuinte não exercia atividade no endereço indicado. A ação fiscal foi

iniciada em 05/02/02 e somente no dia 22/02/02 é que o contribuinte voltou à situação de “ativo” no CICMS/BA, portanto, após a autuação.

O próprio Relator reconhece a irregularidade ao afirmar em seu voto que “não há dúvida, no presente processo, que o autuado não estava devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes. Afinal, estava com sua inscrição cancelada. Utilizando-me das palavras do legislador, o estabelecimento do autuado, se existente fisicamente, era “clandestino”. Digo “se existente fisicamente”, porque, se a inscrição foi cancelada, a depender do motivo do cancelamento, era possível, por exemplo, que o contribuinte não mais exercesse suas atividades no local, à época da autuação.”

Nessa situação, a legislação em vigor determina que seja exigido o pagamento do ICMS, por antecipação, com base no que dispõe a alínea “c”, do inciso II, do § 4º, do artigo 8º, combinado com o § 6º, do artigo 23, da Lei nº 7.014/96, como a seguir transcrito:

Art. 8º.

.....

*§ 4º. Será exigido o pagamento antecipado do imposto, a ser efetuado pelo próprio **contribuinte**, observado o disposto no § 6º do art. 23: (grifos não originais).*

.....

II – na entrada, no território deste Estado, de mercadoria destinada a:

.....

- a) realização de operações relativas à circulação de mercadorias sem destinatário certo ou destinada a contribuinte em situação cadastral irregular;*

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

.....

§ 6º. Nas situações de que cuida o § 4º do art. 8º, a base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação será determinada:

I – de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

Destaque-se, por oportuno, que não se trata, na presente situação, de cobrança do imposto relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária ou elencadas na Portaria nº 270/93, mas em decorrência da constatação de uma irregularidade na situação cadastral do destinatário das mercadorias, tendo em vista que o Estado busca se assegurar, de forma antecipada, de que o tributo devido será, efetiva e corretamente, recolhido aos cofres públicos.

Assim, embora o autuante não tenha efetuado o adequado enquadramento legal, os fatos foram descritos de forma satisfatória no Auto de Infração, sendo perfeitamente compreensíveis e, portanto, a teor do artigo 19, do RPAF/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”.

Observe-se que o cancelamento da inscrição estadual implica não ser o estabelecimento considerado inscrito, enquanto persistir a pendência, e o tratamento dispensado a contribuinte com inscrição cancelada é o mesmo que se dá a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo. Desse modo, se a inscrição se encontrava efetivamente cancelada, o tributo sobre as mercadorias acrescido do valor adicionado, deveria ter sido pago no posto fiscal de fronteira, consoante o disposto no artigo 352, inciso II, e seu § 2º, inciso II, c/c o artigo 125, inciso II, alínea “a”, e seu § 1º, do RICMS/97.

Nesse sentido, ao cuidar do pagamento do ICMS por antecipação, o RICMS/97 prevê que, no caso de quaisquer mercadorias adquiridas em outro Estado por pessoa não inscrita no cadastro estadual de contribuintes, o pagamento do imposto deve ser feito no posto fiscal de fronteira.

Na presente situação, constata-se que as mercadorias foram apreendidas, pela Fiscalização, no Posto Fiscal Honorato Viana, localizado na BR 324, entre os municípios de Feira de Santana e Salvador, tendo sido transportadas “por um extenso trecho do território baiano (da entrada no Estado da Bahia até o Posto Fiscal Honorato Viana), sem que qualquer fiscalização da SEFAZ-BA verificasse que o destinatário estava em situação cadastral não regular (cancelada)”, conforme as palavras do Relator deste PAF, em seu voto. Dessa maneira, está integralmente configurada a falta de espontaneidade do sujeito passivo no pagamento do ICMS devido, sendo correta a autuação, uma vez que o contribuinte não providenciou, de forma espontânea, o pagamento do tributo na primeira repartição da fronteira ou do percurso, como preconiza a lei.

O art. 371, do RICMS/97, cuidando da antecipação do imposto nas aquisições interestaduais, prevê, no inciso II, que o imposto deve ser pago:

Art. 371.....

.....

II - no momento ou prazo previstos no inciso II do art. 125:

a) sendo o adquirente:

.....

2 - contribuinte não inscrito no cadastro estadual, inclusive no caso de mercadoria sem destinatário certo, sejam quais forem as mercadorias, enquadradas ou não no regime de substituição tributária. (grifos não originais).

Por sua vez, o art. 125, II, “a”, do RICMS/97, ao tratar do pagamento do imposto por antecipação, estabelece:

*Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, **pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário**: (grifos não originais).*

.....

II - na entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação:

*a) destinadas a ambulante, no caso de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo, **neste caso seja qual for a mercadoria**, sendo esta destinada a comercialização ou outros atos de comércio sujeitos ao ICMS, a menos que o imposto devido a este Estado tenha sido retido por responsável tributário inscrito no cadastro estadual na condição de contribuinte*

substituto, dando-se à exigência do imposto o tratamento de pagamento espontâneo (grifos não originais)”.

Esse entendimento é corroborado pelo art. 426, caput, do RICMS/97:

Art. 426. Nas operações a serem realizadas no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, sem destinatário certo ou destinadas a contribuinte não inscrito, o imposto sobre o valor acrescido será recolhido antecipadamente, na primeira repartição fazendária por onde transitarem ou onde se encontrarem as mercadorias [...] (grifos não originais).

Em suma, a legislação prevê que, no caso de mercadorias procedentes de outro Estado com destino a contribuinte não inscrito, o pagamento seja feito no posto fiscal da fronteira ou na primeira repartição fazendária do percurso, devendo ser adotado o mesmo tratamento tributário se o contribuinte se encontra com sua inscrição cadastral cancelada. O cálculo do tributo é feito sobre o valor adicionado, abatendo-se o crédito da operação anterior, a) sem multa se ficar cabalmente demonstrado que o contribuinte tentou, sem sucesso, efetuar o recolhimento do imposto na fronteira; e b) com imposição da multa, se não ficar comprovada a tentativa de pagamento do ICMS espontaneamente. Volto a salientar que, na situação em lide, a espontaneidade do sujeito passivo está definitivamente afastada, como bem frisado pelo Relator em seu voto.

Cabe-nos indagar, nesse momento, se está correto o entendimento do ilustre Relator, ao afirmar que “assim sendo, por não haver respaldo legal para se exigir imposto do autuado, visto que o pólo passivo deveria ter sido ocupado pelo transportador, fica caracterizado, neste PAF, a ilegitimidade passiva, a qual, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, dá ensejo à nulidade do Auto de Infração”.

Estou convencida que o posicionamento manifestado pelo digno Relator está equivocado, pelas razões a seguir explanadas:

Como dito anteriormente, a Lei nº 7.014/96, na alínea “c”, do inciso II, do § 4º, do artigo 8º, combinado com o § 6º, do artigo 23, estabelece que será exigido o pagamento antecipado do imposto, a ser efetuado pelo próprio contribuinte, na entrada, no território deste Estado, de mercadoria destinada a realização de operações relativas à circulação de mercadorias sem destinatário certo ou destinada a contribuinte em situação cadastral irregular. Pergunta-se, então, quem será o contribuinte nos termos da Lei, na situação em análise: o vendedor ou o adquirente das mercadorias?

O Código Tributário Nacional, no inciso I do parágrafo único do artigo 121, conceitua o contribuinte como o sujeito passivo da obrigação principal que “tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”.

Como a Lei nº 7.014/96 é uma Lei Estadual, parece-me óbvio que, sendo o vendedor estabelecido em outra unidade da Federação, não seja atingido por ela, em atendimento ao princípio da territorialidade na aplicação das leis. Assim, o mencionado diploma legal é dirigido ao adquirente das mercadorias, situado no Estado da Bahia, que esteja em situação irregular no cadastro de contribuintes deste Estado. Dessa forma, as mercadorias devem ser apreendidas e chamado o destinatário, constante nas notas fiscais que acobertam os produtos, para que promova o pagamento do ICMS, de forma espontânea, desde que seja na primeira repartição do percurso ou da fronteira, tudo de acordo com a legislação vigente.

O Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da Responsabilidade Tributária, assim prevê:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I -;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

.....

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (grifos não originais)

A Lei nº 7.014/96, por sua vez, estabelece os conceitos de contribuinte e responsável solidário nos dispositivos a seguir transcritos:

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.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I – os transportadores em ralação às mercadorias:

b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;

c) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos (grifos não originais).

Pela leitura dos dispositivos acima, fica patente que a responsabilidade solidária dos transportadores decorre de lei e, no caso da legislação baiana, a sua atribuição é feita de forma supletiva, sendo facultado ao Fisco a escolha de quem será chamado a pagar o ICMS devido: o contribuinte ou o responsável solidário. Ora, se cabe ao Estado a opção na escolha do sujeito passivo, é uma impropriedade jurídica afirmar-se que o contribuinte (no caso, o autuado) é ilegítimo para figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária, sob o argumento de que do transportador é que deveria ter sido exigido o imposto, por ser o detentor das mercadorias.

O jurista Hugo de Brito Machado, em seu livro CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 14ª Edição, da Malheiros Editores, pp. 104 e 105, leciona:

A solidariedade tributária não comporta benefício de ordem (CTN, art. 124, parágrafo único). É certo que a solidariedade em princípio não comporta o benefício de ordem, mas o Código afastou qualquer dúvida que pudesse ser levantada a esse respeito.

.....

As dívidas tributárias, quando exista mais de um sujeito passivo, podem ser cobradas, em regra, de qualquer deles, indistintamente.

Mais adiante na obra citada, o autor, ao discorrer sobre a capacidade jurídica, assegura que “sendo o sujeito passivo da obrigação tributária uma pessoa jurídica, a capacidade desta independe de estar regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional (CTN, art. 126, inc. III). Assim, uma sociedade comercial irregular, ou mesmo de fato, desde que configure uma unidade econômica ou profissional, pode ser sujeito passivo” (grifos originais).

É interessante atentar para o fato de que, se o autuado compareceu nos autos apresentando a sua peça defensiva, não se pode dizer que ele “inexistia”. Ao contrário, no presente PAF, além de ter interposto a peça impugnatória, o autuado solicitou a liberação das mercadorias apreendidas, no dia 26/02/02, substituindo a empresa transportadora – Comércio e Transportes Ramthun Ltda. -, como depositário fiel das referidas mercadorias (fls. 15 a 17) e obrigando-se, inclusive, “a efetuar o pagamento do débito tributário, inclusive multas e demais acréscimos, no prazo de 30 (trinta) dias após o julgamento definitivo do processo administrativo, se procedente a autuação”.

Observo, por fim, que, na situação em análise, não se trata de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal ou acompanhadas por documento fiscal inidôneo, nos termos do artigo 209, do RICMS/97. A exigência antecipada do tributo decorre de uma irregularidade na situação cadastral do contribuinte (destinatário) e de um justo receio, por parte do Fisco, de que o ICMS devido nas saídas subseqüentes a serem realizadas por ele, não seja efetivamente recolhido.

Por tudo quanto foi exposto, considero que o autuado (destinatário das mercadorias constantes das Notas Fiscais n^{os} 047144, 047146 e 047147), conforme os documentos acostados às fls. 9 a 13, é o contribuinte legítimo a figurar no pólo passivo da relação jurídica, objeto deste lançamento, sendo devido o valor exigido neste lançamento, uma vez que ficou afastada a sua espontaneidade no cumprimento da obrigação tributária.

Aliás, esse posicionamento é amplamente aceito pela 2^a instância deste CONSEF, como se infere das decisões exaradas por meio dos Acórdãos CJF n^{os} 0003-12/02, 0012/00, 0046-11/02, 0053-12/02, 0787/99, 0939/01, 1304/00, 2156-11/01, 2191-11/01, 2228-12/01, 2256-12/01 e 2583/00, dentre outros, referentes a autos de infração lavrados contra o destinatário das mercadorias com inscrição cadastral cancelada no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

É importante, a essa altura, registrar o voto da Ilustre Relatora Sra. IVONE DE OLIVEIRA MARTINS, no Acórdão CJF n^o 2583/00, como abaixo transcrito:

Efetivamente, a exigência fiscal encontra respaldo na legislação fiscal que determina no art. 352 a antecipação do imposto, conforme dispõe o § 2^o inciso II do referido artigo e art. 125, II, “a” do RICMS/97, visto que deve ser dado ao contribuinte com inscrição cancelada o mesmo tratamento de contribuinte não inscrito, exigindo-se o imposto [com] o tratamento de pagamento espontâneo na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso de mercadorias procedentes de outros Estados, e não tendo sido pago desta forma, é devido o imposto por antecipação, de modo que considero correta a exigência fiscal.

Contudo, observo que o autuante não determinou a base de cálculo na forma prevista no art. 61 e 63 e art. 257 do RICMS citado, posto que deixou de deduzir a parcela do crédito fiscal destacado no documento fiscal. Deste modo, assiste razão o recorrente quando alega que o

autuante não levou em consideração a nota fiscal no que se refere ao crédito destacado no documento, violando o princípio da não cumulatividade do imposto.

De fato o documento não é inidôneo, pois não se enquadra nas hipóteses do art. 209 do RICMS/97, como alegou o recorrente, porém a cobrança do imposto acompanhado da aplicação da multa decorre do fato das mercadorias se destinarem a contribuinte com a inscrição cancelada conforme restou provado nos autos com o documento de fl. 5 e da confirmação da próprio recorrente.

Assim, deve ser mantida a exigência fiscal, sendo contudo corrigido os valores para deduzir a parcela do crédito fiscal, remanescendo o valor de R\$870,00, conforme demonstramos.

Outro voto que merece ser trazido à colação foi proferido pela mesma Relatora, Sra. IVONE DE OLIVEIRA MARTINS, no Acórdão CJF nº 1304/00:

Após análise do auto e das peças que compõem o processo, verifico que a Junta profere a Decisão pela Improcedência do Auto de Infração, não obstante ter, o Relator, reconhecido que as nulidades suscitadas, em parte existiram, e aponta a inexistência de demonstrativo da base de cálculo, o que ao seu ver, ensejaria a nulidade e indicado que a autuação seria Nula também por Ilegitimidade Passiva.

Contudo, entendo que a questão posta nos termos da documentação acostada aos autos, trata-se de improcedência da autuação porque, concessa venia, não se trata de nulidade absoluta, ademais não vislumbro no presente caso, a ilegitimidade passiva, porque não se trata de responsabilidade solidária prevista no art. 39, inciso I, “d” do RICMS/97, visto que tal dispositivo prevê a solidariedade pelos transportadores em relação às mercadorias que aceitarem transportar ou conduzir sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino ou acompanhada de documentação inidônea.

Logo, não tendo se verificado tais condições, pois havia documentação fiscal e a mesma não era inidônea, afastada está, ao meu ver, a nulidade prevista no art. 18, II, “b” do RPAF/99, vislumbrada pelo Relator de Primeira Instância.

Correndo o risco de tornar cansativa a leitura deste voto, citarei finalmente o pronunciamento do ilustre Relator Sr. JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO, prolatado no Acórdão CJF nº 1411/00, posicionando-se a respeito do julgamento de Primeira instância, quanto à ilegitimidade passiva do contribuinte destinatário das mercadorias com inscrição cancelada no CICMS/BA:

O argumento de que o pagamento dar-se-ia na modalidade espontânea, está também equivocado, por quanto havendo cancelamento da inscrição, o imposto deve ser exigido com os acréscimos devidos.

Também não comporta a responsabilidade ao transportador, pois o caso em exame não está previsto nas hipóteses do art. 39, I, “a” e “d”, RICMS/97.

Entretanto, não obstante estar caracterizada a infração, verifiquei que o autuante se equivocou na apuração da base de cálculo do ICMS, ao consignar, no demonstrativo de débito acostado à fl. 3, o percentual de 70%, a título de MVA. Como ficou demonstrado, através do Parecer emanado do GECOT/DITRI, após ouvida a Gerência de Substituição Tributária (fls. 59 a 61), e pelas decisões deste CONSEF acostadas às fls. 63 a 70, as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 047144,

047146 e 047147 não estão enquadradas na substituição tributária. Dessa forma, deve ser adotado o percentual de 20%, a título de MVA, conforme previsto no Anexo 89 para o cálculo do ICMS.

Assim, o débito deve ser alterado para o seguinte:

- NF. 047144	:	R\$	63.952,48	Crédito do ICMS destacado	:	R\$	4.476,67
- NF. 047146	:	R\$	1.081,08	Crédito do ICMS destacado	:	R\$	75,67
- NF. 047147	:	R\$	<u>10.733,96</u>	Crédito do ICMS destacado	:	R\$	<u>751,37</u>
- Sub total	:	R\$	75.767,52	Sub total	:	R\$	5.303,71
- CTRC/FOB	:	R\$	<u>1.701,51</u>	Crédito ICMS	:	R\$	<u>0,00</u>
- Total B. C.	:	R\$	77.469,03	Total crédito ICMS	:	R\$	5.303,71
- TVA 20%	:	R\$	<u>15.493,81</u>				
- B. C. final	:	R\$	92.962,84 x 17% = 15.803,68 (-) 5.303,71=ICMS devido				R\$10.499,97

Deve, ainda, ser retificado o percentual da multa indicado, de 100% para 60%, haja vista que a tipificação da infração se enquadra no disposto no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Irresignado com o julgamento proferido pela Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls.100 a 108 – onde requer a nulidade do Julgamento de Primeira Instância alegando que o mesmo violou o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, pois embora em Decisão por maioria, entendeu que o enquadramento efetuado pelo autuante, embora equivocado, não inquiriria de nulidade o Auto de Infração, alegando que a descrição dos fatos permitia o real enquadramento, dando por caracterizada a infração apontada. Afirma que comprovado o enquadramento equivocado não poderia a JJF manter o Auto de Infração. No mérito, volta a repetir a tese do enquadramento indevido, citando os arts. 911 e 209 do RICMS/BA, para concluir que os são inaplicáveis. Cita, ainda, os demais dispositivos citados no lançamento de ofício pelo autuante, e conclui que para que ela seja contribuinte do ICMS deve preencher os critérios de uma regra matriz de incidência tributária, que em momento algum teria sido indicado pelo enquadramento legal; trazidos pelos referidos dispositivos. Ao final, contesta a multa aplicada, entendendo que inexistindo obrigação principal também inexistiria obrigação acessória, e requer o provimento do Recurso para que seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

A PROFAZ, em seu Parecer – às fls. 113 e 114 – manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que as razões recursais são insuficientes para alterar a Decisão Recorrida e que a mesma não merece reparos, ao tempo que consigna que a infração cometida, ou seja, a irregularidade cadastral, leva à obrigação de antecipar o imposto na primeira repartição fiscal do território, o que não foi feito.

VOTO

Em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ, entendemos que de fato não consegue o recorrente apresentar argumentos capazes de modificar a Decisão de Primeira Instância, posto que de fato cabe ao adquirente de mercadorias em operação interestadual sem estabelecimento regularmente inscrito neste Estado, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, por antecipação, no primeiro posto de fronteira ou repartição fazendária deste Estado. Tendo sido detectada a situação já em um posto intermediário, sem que tenha sido pago o imposto na entrada no território baiano, cabe a exigência do imposto com a multa respectiva. É o que determina a legislação do ICMS deste Estado, e a situação fática está clara nos autos, inclusive corroborada pelo próprio autuado, que se limita a requer a decretação de nulidade por vício formal, sem em nenhum momento de fato

atacar o mérito da infração que lhe é imputada, chegando ao extremo de afirmar em sua peça recursal que não é contribuinte do ICMS, ainda que adquirente de mercadorias para revenda, utilizando-se de sofismas que não devem merecer guarida por parte deste órgão *ad quem*.

É cediço que a menção equivocada a dispositivos legais ou regulamentares por parte do autuante não leva à nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível, dos elementos constantes dos autos, definir-se a infração imputada e o conseqüente enquadramento legal. Esta é a dicção do art. 19 do RPAF/BA, e no caso presente não há qualquer dúvida de que a aquisição de mercadorias por contribuinte com inscrição cancelada, portanto irregular, traz como conseqüência a exigência do imposto, ao adquirente, por antecipação, no momento da constatação do fato, ex vi o quanto estabelecido nos arts. 371, inciso II, alínea “a”, item 2, combinado com o art. 125, inciso II, ambos do RICMS/BA, citados pela Relatora do voto vencedor. Equivocou-se, portanto, o relator do voto vencido ao entender ter ocorrido ilegitimidade passiva, pois cabe ao adquirente esta responsabilidade.

Em relação ao Recurso de Ofício, no que pertine à parte da exigência fiscal excluída pela Decisão de Primeira Instância após correção dos cálculos do débito reclamado, entendemos não deva merecer reparos o Julgado, pois corretamente o julgador *a quo* aplicou a regra de base de cálculo da antecipação tributária de mercadoria não enquadrada na substituição tributária, que determina a incidência da margem de valor agregado – MVA - disposta no Anexo 89 do RICMS/BA, no caso em epígrafe, 20%, e não 70%, como aplicada pelo autuante. No que toca à correção da multa cominada, também correta a Decisão Guerreada, posto que a infração cometida – falta de recolhimento do imposto por antecipação - está tipificada no inciso II, “d”, da Lei nº 7014/96, e não na alínea “j”, do inciso IV, do mesmo dispositivo legal, como equivocadamente indicou o autuante.

Neste sentido, afastada a nulidade por vício formal argüida, e ausentes fato ou fundamento de direito capazes de elidir a infração imputada ao recorrente, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo-se e homologando-se a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110526.0131/02-7, lavrado contra **NUTRICIONAL PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.499,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFUZ