

A. I. N° - 298924.0404/02-5
AUTUADO - MENDES E SILVA LTDA.
AUTUANTE - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 12/08/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0255-03/02

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 subsequêntes, quando do ingresso das mesmas no território deste Estado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 06/04/02, para exigir o ICMS no valor de R\$929,77, acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto 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 estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada (aquisição de mercadorias por empresa em situação cadastral irregular – baixada).

O autuado apresentou sua peça de defesa (fl. 27), requerendo a improcedência do lançamento, sob a alegação de que “houve um erro do emitente da nota fiscal”, que enviou as mercadorias para uma filial que já havia sido baixada, ao invés de remetê-las para a matriz, inscrita no CICMS sob o nº 40.923.912-ME e CNPJ nº 00.306.391/0001-77, não podendo, assim, ser apenado por equívoco cometido por terceiros.

A auditora designada para prestar a informação fiscal, às fls. 32 e 33, afirma que, da leitura dos autos, entende que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que sua peça defensiva consiste de “meras alegações sem qualquer comprovação”, não tendo sido apresentadas sequer cartas de correção, na forma prevista no § 6º do artigo 201 do RICMS/97, para algumas hipóteses de incorreções contidas em notas fiscais. Ressalta, ainda, que o autuado teve sua inscrição cadastral baixada desde 21/11/00, “não se justificando tal engano após decorrido tanto tempo”.

VOTO

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 baixada no CICMS/BA.

O autuado assegura que o fato deve ser atribuído a equívoco cometido pelo emitente do documento fiscal, uma vez que consignou sua filial, já baixada no CICMS, como destinatária das

mercadorias quando, na verdade, o verdadeiro adquirente seria a matriz, com inscrição estadual 40.923.912-ME e CNPJ nº 00.306.391/0001-77.

Entretanto, como bem ressaltou a auditora designada para prestar a informação fiscal, além de o contribuinte não trazer aos autos nenhuma prova de suas alegações, o destinatário das mercadorias constante nas notas fiscais teve sua inscrição cadastral baixada em 21/11/00 (fl. 7), não se justificando a existência de tal equívoco após decorrido tanto tempo.

Dessa forma, entendo que está correta a autuação e é devido o valor exigido.

Entretanto, deve ser retificado o percentual da multa indicado, 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 do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

O Auto de Infração *sub examine* foi lavrado no dia 06/04/02, no Posto Fiscal Eduardo Freire, para exigir o ICMS no valor de R\$929,77, mais a multa de 100%. No corpo deste documento, consta a seguinte acusação:

“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 suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.”

No campo “Descrição dos Fatos”, o autuante disse que a motivação para a lavratura do Auto de Infração foi a “*aquisição de mercadorias por empresa em situação irregular no cadastro do ICMS/BA (inscrição baixada)*.”

Como enquadramento legal do fato descrito na autuação, o preposto fiscal citou os artigos 149, 150 e 191 c/c os artigos 911 e 913, todos do RICMS/97.

Na sua defesa, o autuado, destinatário das mercadorias objeto da exação fiscal, alegou, basicamente, cometimento de equívoco por parte do emitente das notas fiscais, ao ter consignado a empresa filial, que já se encontrava com a inscrição estadual baixada, como destinatária das mercadorias, quando o correto teria sido consignar a empresa matriz.

A eminente relatora proferiu seu voto pela procedência do Auto de Infração, fundamentando sua decisão com as seguintes palavras:

“(…) além de o contribuinte não trazer aos autos nenhuma prova de suas alegações, o destinatário das mercadorias constante nas notas fiscais teve sua inscrição cadastral baixada em 21/11/00 (fl. 7), não se justificando a existência de tal equívoco após decorrido tanto tempo.”

Data venia, discordo do desfecho dado ao processo, pela digna relatora, por vários motivos, conforme exponho a seguir.

Inicialmente, é bom deixar claro, que, em casos onde o Fisco constata, na primeira repartição fazendária de entrada no território baiano (posto fiscal), que o destinatário das mercadorias não se encontra em situação cadastral regular (inscrição baixada, por exemplo), o ICMS, se devido, deve ser exigido, por antecipação.

Afinal, diante deste contexto, é de se considerar, ou que as mercadorias não têm destino certo, ou que o destinatário indicado na nota fiscal não tem condições legais de receber as mercadorias para, só posteriormente, pagar o imposto. Seja uma hipótese, seja a outra, o tributo, acaso devido, deve ser cobrado por antecipação. Quanto a este aspecto, portanto, não tenho dúvida.

Entretanto, dois outros aspectos precisam ser abordados. São eles: 1) quem deve figurar no pólo passivo da exigência fiscal (questão preliminar); e 2) se a cobrança do imposto deve ou não ser acompanhada de multa, o que fatalmente ocorre, quando é lavrado um Auto de Infração (questão principal).

Por oportuno, ressalto que nenhum destes dois aspectos chegou a ser abordado no voto prolatado pela nobre relatora.

Pois bem. Quanto ao primeiro aspecto, nota-se que o ilustre autuante entendeu que o destinatário das mercadorias, ora autuado, que estava com a inscrição estadual baixada, é que devia ser chamado a pagar o imposto, e acompanhado de multa, *in casu*, de 100%.

Fundamentando este seu entendimento, o preposto fiscal citou, a título de enquadramento legal, o art. 191 do RICMS/97, que diz *verbis*:

*Art. 191. Será considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação tributária estadual e, inclusive, à apreensão das mercadorias **que detiverem em seu poder**, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral. (grifo meu)*

Não há dúvida, no presente processo, que o autuado não estava devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes. Afinal, estava com sua inscrição baixada. Utilizando-me das palavras do legislador, o estabelecimento do autuado, se existente, era “clandestino”. Digo “se existente”, porque, se a inscrição foi baixada desde 21/11/00 (fl. 07), o mais normal de se esperar é que este estabelecimento sequer existia mais à época da autuação, em 06/04/02.

Do dispositivo legal acima transcrito, pode-se constatar, que, realmente, o estabelecimento clandestino pode ficar sujeito a penalidades tributárias. Mas, para tanto, são necessárias, ao menos, duas condições. A saber: 1ª) que o estabelecimento tenha existência fática ou jurídica, e 2ª) que as mercadorias objeto de irregularidade fiscal estejam em seu poder.

Quanto à primeira condição, não há elementos nos autos, que confirmem a existência ou inexistência, de fato ou de direito, da empresa autuada, pelo que não me prenderei muito a esta questão. Apenas, faço a observação de que a inexistência fática e jurídica de uma empresa, até mesmo pelo bom senso, deve induzir a autoridade fiscal a atribuir a obrigação por eventual pagamento de tributo à pessoa (física ou jurídica) distinta, seja esta contribuinte (relação direta e pessoal com o fato gerador) ou responsável (obrigação pelo pagamento do tributo em decorrência de disposição de lei, mesmo não se revestindo da condição de contribuinte).

No tocante à segunda condição, vê-se que o dispositivo legal citado pelo autuante (art. 191 do RICMS/97) não dá respaldo à exigência do imposto junto ao autuado (destinatário das mercadorias). Afinal de contas, este não detinha, em seu poder, as mercadorias objeto da autuação.

E assim sendo, destaco, desde já, que a fundamentação legal mencionada pelo autuante, quanto à questão ora em análise, não tem aplicabilidade ao presente caso, como imaginado por ele.

Ora, mas se o destinatário das mercadorias (autuado) não podia figurar no pólo passivo da relação tributária, quem, então, seria colocado neste posto (1º aspecto – questão preliminar)?

Resposta a esta pergunta encontra-se estampada no art. 39, I, do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

- a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente;*
 - b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;*
 - c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;*
 - d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;*
- (...)*

Semelhante disposição está na norma matriz do RICMS/97, ou seja, na Lei nº 7.014/96, no seu art. 6º, III.

No presente caso, conforme fica evidenciado no Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 5 e 6, o transportador (e detentor) das mercadorias era a empresa ÁGUIA BRANCA CARGAS LTDA, inscrição estadual nº 47.192.377.

E 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.

Ainda quanto ao primeiro aspecto (quem deveria figurar no pólo passivo da cobrança do imposto), é prudente que se analise, a partir de onde teria surgido a responsabilidade do autuado no presente caso, visto que, pelos elementos contidos no PAF, principalmente no tocante ao extrato do SIDAT, à fl. 7, e às notas fiscais emitidas pela empresa MARISOL S/A, às fls. 8 a 11, a irregularidade (indicação, nestas notas, de destinatário com situação cadastral não regular) originou-se de ato praticado pela empresa MARISOL S/A, emitente dos documentos fiscais.

Se o emitente das notas fiscais lançou nelas, a título de destinatário, o nome de contribuinte com inscrição baixada (o autuado), e se, em ato contínuo, a empresa ÁGUIA BRANCA CARGAS LTDA transportou as respectivas mercadorias até o Estado da Bahia, como vincular o autuado a tudo

isto, para, em seguida, exigir-lhe o imposto, e, ainda por cima, com multa? Não vejo possibilidade.

Em que ponto do desenrolar destes fatos, teria surgido a obrigação do autuado pelo imposto, se ele, sequer, detinha as mercadorias em seu poder? Não vejo onde.

Não obstante tudo isto, mas como base no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, c/c o art. 249, §2º, do Código de Processo Civil, adentrarei ao mérito da lide, por vislumbrar a possibilidade de decidir o mérito da lide a favor do sujeito passivo, votando pela improcedência do Auto de Infração (2º aspecto – questão principal). É o que se segue.

Os autos deixam claro que o transportador, vindo de outra unidade da Federação, ao entrar no território baiano, deparou-se com o Posto Fiscal Eduardo Freire, primeira repartição fazendária do percurso.

Pela disposição do art. 125, II, “a”, do RICMS/97, e conforme deve ser do conhecimento, tanto das autoridades fiscais, como dos contribuintes, no caso ora em tela, o ICMS, a título de antecipação, não poderia ter sido exigido conjuntamente com a aplicação de multa, coisa inevitável quando se lavra um Auto de Infração.

O transportador, que era de quem deveria ser exigido o ICMS, a título de responsabilidade solidária, tinha o direito de pagá-lo de forma espontânea, ou seja, sem a aplicação de multa.

Não está demonstrado nos autos, sequer, que foi dada esta chance ao transportador, ou a quem quer que se prontificasse a pagar o tributo. Com isso, foi, frontalmente, desrespeitado o princípio do devido processo legal. Mais que isso, não foi levado a efeito, o disposto na legislação tributária acerca da matéria, conforme já exposto neste voto.

Aliás, não só foi quebrado o princípio do devido processo legal, como, mais ainda, não se deu a necessária importância ao princípio da segurança jurídica. Explico melhor.

Se havia previsão legal para que o imposto, no presente caso, fosse exigido sem a aplicação de multa (pagamento de forma espontânea), foge da previsibilidade, foge do que se podia esperar, a sua exigência acompanhada de penalidade (multa), através de Auto de Infração.

É por conta disto, que digo, com convicção, que não foi observado o princípio da segurança jurídica. Aliás, por falar neste princípio, também conhecido como princípio da certeza do direito, vejo como bastante pertinente ao presente contexto, e daí porque trago à colação, trecho do livro PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pg. 25, em que a sua autora, CLEIDE PREVITALI CAIS, utilizando-se de dizeres do ilustre GERALDO ATALIBA, leciona que:

A grandeza desse princípio, fundamento de todos os demais, nos leva a concluir com Geraldo Ataliba que “o direito é por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é obrigatoriamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam”

Ex positis, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Todavia, por entender que há, de fato, possibilidade de o Estado ter sofrido prejuízo, por uma eventual falta de pagamento do ICMS, sugiro que seja averigüado pelo Fisco, se as mercadorias objeto da autuação entraram no estabelecimento da empresa matriz da MENDES E SILVA LTDA, inscrição estadual nº 40.923.912-ME, como deixou transparecer a peça defensiva do autuado.

Em caso negativo, que o imposto seja exigido do responsável tributário, i. e., da transportadora ÁGUIA BRANCA CARGAS LTDA, inscrição estadual nº 47.192.377, nos termos previstos na legislação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298924.0404/02-5**, lavrado contra **MENDES E SILVA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 929,77**, 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, 31 de julho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE/RELATORA DO VOTO VENCEDOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

RICARDO DE CARVALHO RÊGO – RELATOR DO VOTO DISCORDANTE