

PROCESSO - A.I. Nº 299164.0655/03-5  
RECORRENTE - PELIKANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0398-02/03  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 12.12.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0667-11/03

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA (VINHO). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Infração caracterizada. Trata-se de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte com inscrição cancelada, cujo tratamento tributário é o mesmo dispensado a contribuinte não inscrito, além do fato de que a mercadoria objeto da lide está enquadrada no regime de substituição tributária. A concessão de liminar em Mandado de Segurança não impede o Fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário ficando, entretanto, suspensa sua exigibilidade até a Decisão definitiva da ação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 08/06/2003, no Posto Fiscal Benito Gama, sob acusação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$6.588,40, na primeira repartição fazendária da fronteira, referente à mercadoria (vinho tinto) adquirida através da Nota Fiscal nº 02842, procedente de outra Unidade da Federação, em razão de o contribuinte se encontrar com sua inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 5 a 6.

O autuado ingressou em Juízo mediante o Mandado de Segurança de nº 9.981.034/03, obtendo liminar, conforme documentos às fls. 11 e 12 dos autos, onde foi determinada pela autoridade judicial que o Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstinha de exigir o pagamento do ICMS referente à operação de que cuidam os autos, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado e do consequente lançamento do crédito tributário.

No prazo legal, o autuado representado por advogado legalmente constituído, em seu Recurso Voluntário às fls. 18 a 30, impugna o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, argumentando que:

- a) é empresa dedicada ao engarrafamento, industrialização e comercialização de vinho que é produzido através de matéria-prima adquirida de terceiros;
- b) embora o Auto de Infração tenha sido lavrado em 08/06/2003, o “visto” da autoridade fazendária ocorreu em 13/06/2003;

- c) é regularmente inscrita no cadastro fazendário como empresa de pequeno porte desde 27/07/01;
- d) o cancelamento de sua inscrição é decorrente do inadimplemento de algumas parcelas referente a parcelamento de débito por dificuldades financeiras, mas que em 03/06/2003 efetuou o pagamento dos valores em atraso;
- e) após sanadas as irregularidades ingressou em 05/06/03 junto a repartição fazendária com pedido de reativação de sua inscrição cadastral, sendo deferido em 09/06/03, entendendo que na data da autuação (08/06/03) encontrava-se em situação regular, pois foram sanadas as pendências que acarretaram o cancelamento, e o deferimento de seu pedido poderia ter ocorrido desde o dia 05/06/03;

Por conta desses argumentos, argüi a nulidade do ato praticado pela autoridade fazendária por considerá-lo ilegal, e por entender que vai de encontro com o princípio da moralidade que rege a administração pública previsto no artigo 37 da CF/88, dizendo que na data da assinatura do Auto de Infração (13/06/03) se encontrava com sua inscrição formalmente reativada desde 09/06/03. Fez referência a doutrina na visão de renomados professores de direito tributário sobre o Princípio da Moralidade.

Prosseguindo, aduz que não se aplica a substituição tributária prevista no artigo 353, inciso II, item 2, do RICMS/97 na operação realizada através da nota fiscal que instrui os autos, sob alegação de que a mercadoria adquirida se destina a utilização como matéria-prima no processo de engarrafamento e fabricação do vinho. Ressalta que a inocorrência da antecipação neste caso está contemplada no inciso III, do artigo 355, c/c com o artigo 2º, §5º do RICMS/97.

Mesmo ressaltando que a operação não se inclui nas hipóteses de substituição tributária, o defendente também considerou sem respaldo jurídico a margem de valor adicionado (MVA) de 60%, por entender que a base de cálculo devida é o valor da operação constante no documento fiscal.

Discordou também da aplicação do percentual de 27% para cálculo do imposto, salientando que o percentual de 2% destinado ao Fundo de Erradicação e Combate a Pobreza que foi incluído juntamente com a alíquota do imposto, deve ser recolhido em conta específica conforme determina o §2º do artigo 51-A do RICMS/97.

Quanto ao momento da exigência do imposto, o patrono do autuado também considerou indevida a pretensão fiscal de exigir o pagamento na primeira repartição fazendária do Estado da Bahia, sob o argumento de que na condição de empresa enquadrada como pequeno porte optante pelo SimBahia teria o prazo até o dia 09 do mês subsequente da ocorrência do fato gerador, ou em caso contrário, a substituição tributária poderia ser efetuada até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, nos termos do artigo 124, inciso I, alíneas “a” e “c” do RICMS/97.

Reafirmando que a operação de aquisição de matéria-prima para o engarrafamento, e posterior comercialização do vinho, está respaldada na legislação vigente aplicável à matéria, protestou contra a multa de 100%, por considerar sem segurança a acusação que lhe foi imputada, violando o direito à ampla defesa contemplado na Carta Magna.

Por fim, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário a sua improcedência.

A informação fiscal foi prestada por outro auditor fiscal (doc. fls. 57 a 59), que entendeu não assistir razão ao autuado, dizendo que o estabelecimento foi intimado para cancelamento em 30/04/2003 e efetivado em 03/06/2003 através dos Editais nºs 12/2003 e 13/2003, publicados no Diário

Oficial do Estado, pelo motivo descrito no artigo 171, inciso IX do RICMS/97, e não por eventuais débitos do ICMS.

Ressalta que na data da autuação (08/06/2003), estava configurada a infração por atos de comércio por contribuinte em situação cadastral irregular, não podendo ser elidida por qualquer fato superveniente, sendo devido o pagamento por antecipação. Quanto ao pedido de reinclusão em 05/06/2003, o preposto fiscal frisa que o simples pedido de regularização da inscrição estadual não tem o condão de regularizar a dita inscrição, pois, após análise pode ser deferido ou não.

Enfatiza que não aplica ao caso o disposto no artigo 355 do RICMS/97, pois a antecipação tributária exigida no Auto de Infração não é aquela em função do produto “vinho” a ser feita por um contribuinte substituto, mas sim, a antecipação a ser efetuada pelo próprio contribuinte, como destinatário da mercadoria em situação irregular, equiparado a contribuinte não inscrito, conforme o artigo 191, caput do RICMS em vigor, acrescida do MVA de 20%, prevista no Anexo 89 do mesmo Regulamento.

Sobre o prazo para pagamento do imposto, a informante diz que o contribuinte não faz jus porque no dia da autuação sua situação era a de contribuinte cancelado.

Confirmou que a alíquota de 27% foi aplicada corretamente por corresponder à soma da alíquota de 25% mais o percentual de 2% destinado ao Fundo de Erradicação e Combate à Pobreza, embora este último devesse ser recolhido separadamente.

Quanto ao questionamento da legalidade da inespecificidade da multa, salientou inoportuno no âmbito administrativo, e cabível apenas na esfera do judiciário.

Conclui opinando pela procedência parcial da autuação, por ter sido flagrado o contribuinte comercializando mercadorias em situação cadastral irregular, sugerindo a modificação da MVA para 20%.

A 2ª JJF acolheu o voto do relator, a seguir transscrito, pela Procedência do Auto de Infração.

#### VOTO DO RELATOR DE 1ª INSTÂNCIA

*O Auto de Infração em lide foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama para exigência de imposto por antecipação, do destinatário da mercadoria (vinho tinto seco mesa) procedente de outra unidade da Federação, constante na Nota Fiscal nº 0002842, emitida em 04/06/2003, pela firma Sociedade Brasileira de Bebidas Malacarne Ltda., (doc. fl. 9), em razão do mesmo encontrar-se com sua inscrição cadastral cancelada no cadastro fazendário.*

*O contribuinte em sua defesa fiscal alegou que em 05/06/03 providenciou pedido de reativação de sua inscrição cadastral, sendo deferido em 09/06/03, entendendo que na data da autuação (08/06/03) encontrava-se em situação regular, pois foram sanadas as pendências que acarretaram o cancelamento.*

*Examinando a situação cadastral do contribuinte no Sistema de Informações da Administração Tributária, verifiquei que o cancelamento da inscrição ocorreu pelo motivo previsto no artigo 171, inciso IX, do RICMS, sendo em 30/04/2003 o estabelecimento intimado para cancelamento, e efetivado o cancelamento em 04/06/2003, somente vindo a ser reativada a inscrição no cadastro fazendário no dia 09/06/2003. Nestas circunstâncias, a infração está caracterizada, pois o estabelecimento na data da autuação (08/06/2003) não estava habilitado a exercer a atividade comercial, haja vista que o simples pedido de reativação não assegurava o direito de que a inscrição seria reincluída, e poderia não ter sido deferido pela autoridade fazendária.*

Portanto, o preposto fiscal deu estrito cumprimento a legislação tributária que prevê que no caso de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte com inscrição cancelada, o tratamento tributário dispensado deve ser o mesmo dado na hipótese de mercadoria destinada a contribuinte não inscrita, ou seja, é devido o imposto por antecipação.

Além disso, em virtude da mercadoria apreendida está enquadrada no regime de substituição tributária, e ter sido adquirida por empresa de pequeno porte, nos termos do artigo 391-A e incisos, do RICMS/97, não tendo havido a retenção do imposto pelo remetente por força de convênio ou protocolo, é de responsabilidade do autuado, na condição de adquirente da mercadoria, proceder a antecipação do pagamento do imposto no prazo previsto 125, inciso II, alínea “a” do RICMS/97, qual seja, na entrada no território deste Estado. Nestes termos, não ocorreu nenhum ato ilegal o procedimento fiscal, nem foi em momento algum ferido o princípio da moralidade, razão porque a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte deve ser indeferida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

As demais alegações defensivas aduzidas pelo patrono do autuado também são incapazes para elidir o trabalho fiscal, pois no caso do argumento de que a mercadoria adquirida se destina a utilização como matéria prima no processo de engarrafamento e fabricação do vinho não encontra amparo no artigo 392-A do RICMS/97, uma vez que a antecipação tributária exigida nos autos é decorrente do fato do contribuinte se encontrar no momento da ação fiscal com a inscrição cadastral cancelada, e nessa situação, não há porque lhe conceder tratamento tributário previsto para contribuinte que se encontra em situação regular perante o fisco.

Quanto à margem de valor adicionado (MVA) de 60% utilizada no cálculo do imposto, observo o acerto a ação fiscal, pois tendo sido dado ao contribuinte o tratamento tributário previsto no artigo 391-A do RICMS/97, deve ser adotado o percentual de 60% previsto no item 2 do Anexo 88, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97.

Com relação a discordância do contribuinte autuado em relação ao percentual de 27% aplicado no cálculo do imposto, realmente a parcela correspondente ao percentual 2% destinado ao Fundo de Erradicação e Combate a Pobreza, nos termos §2º do artigo 51-A do RICMS/97 deve ser recolhido em conta específica, o que deverá ocorrer no momento do pagamento do débito pelo autuado mediante a emissão de DAE's específicos.

Assim, restando caracterizado o cometimento da infração, a exigência do imposto por antecipação na primeira repartição do percurso das mercadorias encontra amparo na legislação tributária (art. 8º, § 4º, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96), pois, sendo o autuado uma empresa de pequeno porte com inscrição cancelada, e sendo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária procedente de outro Estado é devido o pagamento do imposto por antecipação.

Com relação à multa pelo descumprimento da obrigação principal, tratando-se de exigência de imposto por antecipação, a multa deve ser modificada para 60%, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, não cabendo a esta Junta apreciar a sua legalidade (art. 167, I do RPAF/99).

Quanto ao Mandado de Segurança de nº 9.981.034/03, conforme documentos às fls. 11 e 12 dos autos, a liminar obtida foi no sentido de que o Superintendente da Administração Tributária, por si ou por seus subordinados, se abstinha de exigir o pagamento do ICMS referente à operação de que cuida os autos, porém, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado e do consequente lançamento do crédito de tributário. Assim, deve ser constituído

*o crédito tributário em definitivo e antes da inscrição do débito em dívida ativa, que sejam pesquisados os andamentos dos Mandados de Segurança.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado com a Decisão da 2<sup>a</sup> JJF o autuado ingressa com Recurso Voluntário aduzindo as razões já elencadas na impugnação, trazendo farta legislação para demonstrar o seu direito, bem como Acórdãos da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, em casos, que entende, semelhantes ao seu, comenta sobre possíveis equívocos e omissões da autuação, pedindo que o Auto de Infração seja julgado Improcedente por ausência de fundamentação legal.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 96 a 98, assim se manifesta:

*“O recorrente interpõe junto ao CONSEF Recurso Voluntário da Decisão da 2<sup>a</sup> JJF, por ter julgado procedente o Auto de Infração lavrado em decorrência de estar com a inscrição cancelada na data da autuação, em 08/06/03, sendo requerida a reinclusão em 05/06/03 e deferida em 09/06/03. Ocorre que o dia 05/06/03, era uma quinta-feira e o deferimento, bem como sua reinclusão ocorreu efetivamente no dia 09/06/03, ou seja, na segunda-feira, o que deveria ter ocorrido no dia seguinte, na sexta-feira. Nota-se portanto, ter havido uma certa demora na prestação do serviço, concorrendo assim para a lavratura do Auto de Infração, o qual foi lavrado no domingo.*

*Não há que se falar no fato da inscrição estar irregular, seja qual for o motivo, em um dia antes do deferimento de sua reinclusão, porque se assim fosse, não teria sido feito a reinclusão no dia seguinte à autuação, o que de fato já era materialmente possível de ser feito naquela data da autuação, o que faltava era seu deferimento.*

*Com a certeza de que a relação fisco-contribuinte deve ser pautada nos princípios da lealdade e boa-fé, assim sendo, entendemos que o Ato de Infração se deveu à inérvia dos servidores competentes para prestação do serviço necessário a reinclusão no SIDAT do contribuinte.*

*Por isto, somos pelo provimento do Recurso Voluntário, opinando pela Improcedência do Auto de Infração.”*

## **VOTO (VENCIDO)**

Concordo inteiramente com o Parecer da PGE/PROFIS, que passa a fazer parte deste voto como se aqui estivesse transscrito.

Efetivamente a situação do contribuinte já estava regularizada junto a SEFAZ desde o dia em que protocolou o pedido de reinclusão. Desta forma entendemos que este não pode ser penalizado pela “inérvia dos servidores competentes para a prestação do serviço necessário a reinclusão no SIDAT do contribuinte”, como bem observou a nobre Procuradora. A verdade material, consubstanciada nos autos, deve prevalecer.

Desta forma, também acolho e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## **VOTO VENCEDOR**

Peço *venia* para discordar do voto do Ilustre relator e da representante da PGE/PROFIS quanto ao entendimento acerca da exigência fiscal deste lançamento tributário, pois restou indubidousamente comprovado que a acusação fiscal descrita no Auto de Infração subsiste, uma vez que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 08/06/2003, enquanto que a reinclusão do

contribuinte ora recorrente, conforme se constata do documento de fl. 46 verso dos autos, onde está consignado o deferimento do pedido de reinclusão, com a data de 09/6/2003.

De toda sorte não assiste razão à alegação do recorrente, de que providenciou em 05/06/2003 a reativação da sua inscrição cadastral, uma vez que a formulação do pedido, não dá o direito ao contribuinte de promover ou realizar operações com circulação de mercadorias, porque somente após a manifestação da autoridade competente deferindo o pedido, é que se considera regularizada a sua inscrição cadastral.

Deste modo, considero correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto por antecipação na primeira repartição fazendária do percurso, adotando o mesmo tratamento tributário para o contribuinte não inscrito, previsto no art. 125, II, “a” do RICMS (Decreto nº 6284/97). E no caso em tela aplica-se o disposto no art. 191 do RICMS/BA, que determina que 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.

Por todo o exposto, entendo que o Auto de Infração é PROCEDENTE como considerou a 1<sup>a</sup> Instância, e neste sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299164.0655/03-5, lavrado contra **PELIKANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.588,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

VOTO (VENCIDO): Conselheiros (as) Carlos Antonio Borges Cohim da Silva e Alberto Nunes Vaz da Silva.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Antonio de Freitas Ferreira, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins e Marcos Rogério Lyrion Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2003.

ANTÔNIO DE FREITAS FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ –REPR DA PGE/PROFIS