

A. I. Nº - 299164.1302/03-9  
AUTUADO - C. ALVES DE SOUZA  
AUTUANTE - OSVALDO CEZAR RIOS FILHO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 19.02.04

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0039/01-04**

**EMENTA.** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. INSCRIÇÃO CADASTRAL ESTADUAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o contribuinte, quando da aquisição das mercadorias, ainda não se encontrava com sua inscrição estadual cancelada na forma determinada pela legislação estadual. Rejeitadas as nulidades levantadas pelo impugnante. Não acatado pedido de diligência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 08/10/03, cobra ICMS no valor de R\$5.166,09 acrescido da multa de 60%, decorrente da apreensão de mercadorias, oriundas de outra unidade da Federação, destinadas à estabelecimento de contribuinte com inscrição estadual cancelada no CAD-ICMS.

O autuado (fls. 2/10), através de advogado legalmente constituído, argüiu como preliminar de nulidade ao lançamento fiscal a incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em autuá-lo, uma vez que se encontra enquadrado como microempresa, amparado pela Lei nº 9.317 de 05/12/1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro-Empresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, sendo da competência da Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagas de conformidade com o citado regime. Neste contexto, a referida lei federal não delegava competência ao Estado Baiano em fiscalizá-lo e autuá-lo, conforme determinações expressas dos seus art. 19 e 20.

Continuando sua argumentação, reafirmou que o fisco estadual era incompetente para autuar o impugnante nos moldes das determinações contidas RICMS/97 (Dec. nº 6.284/97), uma vez que o Decreto Estadual estava nitidamente em confronto com a Lei Federal, que prevalece sobre o Decreto Estadual, sob pena de infringência da Lei processual em vigor. Mesmo que a receita estadual tenha celebrado convênio com a Receita Federal no sentido de disciplinar a forma de participação das Unidades Federadas nas Atividades de Fiscalização (parágrafo 3º do art. 17, da Lei nº 9.317), todas as presunções de omissões de receitas de que tratam a referida lei devem, obrigatoriamente, por ele serem regidas (art. 18).

Como mérito da acusação, disse que o Auto de Infração deveria ser declarado totalmente improcedente, vez que:

1. lavrado fora do estabelecimento do autuado, tornando ineficaz o procedimento fiscal. Adiantou que se o RICMS/97 do Estado da Bahia era totalmente omissivo, devia então o autuante ter recorrido, analogicamente, ao CTN, que obriga a lavratura do Auto no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer infração

cometida, somente poderia se dar, dentro do estabelecimento, excetuado feiras, exposições, mostras, mercadorias em consignação, mercadorias em trânsito, ou quando motivo grave que impedissem a lavratura no estabelecimento comercial. Entendeu que é esta a mensagem do art. 196 e seu parágrafo único, do CTN, visando não ferir a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações Fisco – Contribuintes, “pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista e se necessário, também por seu advogado (CF/88, Arts. 5º, LV, 133)”. Trouxe à lide comentários do Prof BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS sobre o assunto.

2. houve afronta ao art. 37 da Constituição Federal, pois foi ferido o princípio da impessoalidade do ato administrativo. A autuação somente poderia prosperar se todas as empresas de um mesmo ramo fossem igualmente fiscalizadas.
3. inocorrência do fato gerador do imposto. A empresa não se encontrava com sua inscrição cadastral suspensa como entendeu o autuante. É ela microempresa regulada pela Lei nº 9.317, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição Federal, possuindo tratamento diferenciado em relação aos impostos e às contribuições. Afirmou que fato gerador do ICMS é sempre uma saída que represente ou seja oriunda de um ato de comércio que traduz uma venda ou a transferência da propriedade da mercadoria, não podendo ser presumido e que de forma clara está expresso no art. 1º, II, do Dec. Lei Federal nº 406/68, que sendo Lei Complementar Nacional, prevalece sobre o Decreto Estadual nº 6.284/97 do Estado da Bahia.
4. que o Auto de Infração não possuía motivação idônea nem pertinente, pois: a) não comprovou a sonegação já que o autuado goza dos benefícios da Lei nº 9.317; b) sobre fato gerador de imposto não pode existir a figura da presunção; c) não existiu embasamento fático para o lançamento do imposto, nem consequentemente para a constituição do crédito tributário pois aquele se encontrava em desconformidade com as expressas previsões legais dos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único, 144, do CTN e Art. 1º, II do Dec. Lei 406/68; d) o Auto de Infração, como ato administrativo era nulo, ineficaz, vez que sendo vinculado e regrado, deveria se pautar sempre de acordo com as previsões legais pertinentes.

Rebateu, em seguida, a multa de 100% aplicada, a entendendo confiscatória e indevida, assumindo caráter de abuso do poder fiscal.

Observou que caso o presente processo vier a ser inscrito na dívida ativa será nulo e a própria Execução Fiscal da Lei originada estará privada de nulidade, porque, o título executório em que ela se escuda, não tem origem legal.

Por derradeiro, requereu que o processo fosse baixado em diligência para que fosse realizada perícia contábil/fiscal por contador habilitado; juntadas provas obtidas em contraditório pleno, apuradas em processo regular e que o Auto de Infração fosse julgado insubsistente.

O autuante prestou informação (fl. 29) informando que o autuado foi intimado para cancelamento de sua inscrição estadual em 13/9/2003, e efetivamente cancelado em 8/10/2003 com base no inciso IX do art.171 do RICMS/BA, por não ter atendido as intimações referentes as programações fiscais específicas, eventualmente programadas e autorizadas mediante portaria do Secretário da Fazenda, desde que regularmente intimado por escrito.

Desta forma, estando o contribuinte com sua inscrição cancelada, o tratamento tributário a ser dispensado, no caso de aquisição de mercadoria em outra unidade da federação, é o mesmo previsto para contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo, conforme art. 125, II, "a" do RICMS combinado com o art. 426 do referido regulamento.

Quanto a multa imputada foi aquela de 60%.

## VOTO

Antes de adentrar no mérito da matéria em lide, é necessário meu pronunciamento sobre a argüição de nulidade trazida pelo impugnante. Disse que como a empresa autuada se encontra enquadrada no SIMPLES, perante o ente tributante federal, era o Estado da Bahia incompetente para exigir o tributo, principalmente pelo fato de uma lei federal se sobrepor à lei estadual. Entendo equivocada esta colocação. Em primeiro lugar, os entes tributantes, constitucionalmente, não podem interferir no âmbito de competência de cada um. Assim, a legislação que rege o tributo federal não tem abrangência sobre o tributo estadual ou mesmo municipal e vice versa. As regras gerais tributárias, caso por exemplo do CTN, é que devem ser obedecidas por todos. Em segundo lugar, o estado da Bahia não aderiu ao SIMPLES para a cobrança do ICMS, imposto de sua competência. Neste Estado, quando uma empresa opte pela condição de microempresa ou empresa de pequeno porte deve se enquadrar no SimBahia. – Regime Simplificado de Apuração do ICMS, que possui regras específicas. Não foi o caso da empresa autuada que preferiu continuar com o regime normal de apuração do ICMS. Assim, toda a argumentação e legislação trazida pela defesa nada acrescenta para a discussão.

Embora tratando como matéria de mérito, o impugnante ainda argumentou que o Auto de Infração seria nulo pois lavrado fora do estabelecimento comercial. Que se o RICMS/97 era omissão a respeito do assunto, por analogia, deveriam ser observadas as determinações do CTN. Ressalto que o assunto não é tratado pela legislação baiana no RICMS/97 e sim no RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), mais precisamente no seu art. 38 e seu § 1º. Por oportuno, o próprio impugnante afirma que o Auto de Infração poderá ser lavrado no trânsito de mercadorias. O presente foi. Foi lavrado no local da verificação da infração, ou seja, no Posto Fiscal, vez que as mercadorias se encontravam em trânsito. Este fato anula qualquer discussão quanto a inobservância das determinações contidas no art. 37 da Constituição Federal. Não existiu em qualquer momento violação ao princípio da impessoalidade do ato administrativo.

Quanto ao fato do Auto de Infração não possuir motivação idônea nem pertinente, toda a argumentação da defesa não tem pertinência. O Auto de Infração, como peça processual, foi corretamente lavrado dentro das normas tributárias que regem o ICMS no Estado da Bahia, não se podendo aqui falar de presunção.

No mais, indefiro o pedido de diligência, em conformidade com o art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

A infração que gerou o Auto de Infração cuida da cobrança do imposto por antecipação tributária, pelo fato da inscrição estadual do autuado encontrar-se cancelada perante esta SEFAZ desde 08/10/03, conforme Edital nº 20/2003. O contribuinte adquiriu mercadorias através da Nota Fiscal nº 459129, emitida em 02/10/03 pela Correcta Ind. E Com. Ltda, empresa situada no Estado de São Paulo.

O motivo legal que determinou o cancelamento da inscrição estadual do autuado consta expresso no art. 171, IX, do RICMS/97, ou seja, o contribuinte não atendeu intimações realizadas por esta Secretaria da Fazenda para prestar informações quanto de programações específicas eventualmente programadas e autorizadas. Sendo o fato configurado, ou seja, se uma empresa estiver com a sua inscrição estadual cancelada e que as mercadorias a ele se destinavam, a legislação tributária estadual, caso exista qualquer comercialização, o caracteriza como clandestino, ficando sujeito as penalidades nela previstas (art. 191, do RICMS/97). Afora que as mercadorias são consideradas em situação irregular e o imposto é devido por antecipação tributária na primeira repartição fazendária por onde transitarem as mercadorias, conforme disposições do art. 125, II (a, combinado com o art. 426 do RICMS/97, cabendo ao autuado seu recolhimento, ao teor do art. 39, V, do RICMS/97. No entanto, para que se configure a situação, é necessário que sejam observadas as datas de ocorrência dos fatos, diante das determinações

legais.

Neste sentido e analisando a situação em discussão, o autuado adquiriu mercadorias em 2/10/2003 com data de suas saídas no mesmo dia, conforme consta no documento fiscal. Teve o cancelamento de sua inscrição estadual processada em 8/10/2003, quando foi publicado o Edital nº 20/2003 no Diário Oficial. De conformidade com o art. 172, do RICMS/97, a exclusão do contribuinte no Cadastro somente produzirá efeitos legais após a publicação do edital no referido diário. Sendo assim, quando da saída das mercadorias, a empresa ainda não se encontrava com sua inscrição estadual cancelada. Como a situação motivadora da autuação decorreu deste cancelamento, na situação dos autos ela é insubstancial.

Diante do exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299164.1302/03-9, lavrado contra **C. ALVES DE SOUZA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR