

A. I. N° - 020176.0726/04-4

AUTUADO - ANA RITA CALHEIRA DE OLIVEIRA

AUTUANTES - PAULO GORGE TELIS SOARES DA FONSECA e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO

ORIGEM - IFMT/SUL

INTERNET - 23.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0431-02/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR PESSOA FÍSICA. VOLUME DE MERCADORIAS QUE CARACTERIZA INTUITO COMERCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias feitas por contribuinte não inscrito, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 26/7/04, diz respeito à falta de pagamento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativamente a mercadorias adquiridas em outro Estado, para comercialização, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia. Imposto Lançado: R\$ 5.630,75. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que adquiriu os bens em questão na condição de consumidor final, não havendo previsão de incidência do imposto em tal situação.

A auditora designada para prestar a informação manifestou-se observando que a pessoa autuada é sócia-gerente da empresa Retrato's Comércio e Serviços Fotográficos Ltda., que presta serviços na área de fotografias e comercializa material fotográfico, de cinema, slides, vídeo, som, equipamentos eletrônicos e de comunicação. Assinala que na Nota Fiscal não consta o destaque de imposto. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO VENCIDO

O presente Auto de Infração acusa a falta de pagamento de ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso por contribuinte não inscrito no cadastral estadual de contribuintes, relativamente a mercadorias adquiridas em outro Estado, para comercialização.

A autuação se deu no posto fiscal da divisa entre a Bahia e Minas Gerais.

A defesa alega que as mercadorias não se destinariam a comercialização. Alegação inócuia, *data venia*. É evidente que se trata de bens adquiridos para atos de comércio subsequentes.

Ocorre que o fiscal autuante deixou de atentar para a regra do art. 426 do RICMS/97, que prevê como se deve proceder no caso de mercadorias procedentes de outro Estado, destinadas a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo. O art. 426 manda que o imposto seja pago

(espontaneamente) na fronteira, no primeiro posto fiscal neste Estado, quando as mercadorias não tiverem destinatário certo ou quando se destinarem a empresa situada neste Estado não inscrita no cadastro de contribuintes. O imposto é calculado sobre o valor adicionado. Mas o art. 426 é claro: o pagamento deve ser feito espontaneamente no primeiro posto fiscal. Somente se o imposto não for pago no primeiro posto fiscal é que a carga fica sujeita a autuação.

Não consta no Auto nem no Termo de Apreensão que o contribuinte tivesse se recusado a pagar o imposto espontaneamente.

Aliás, cumpre observar que a descrição do fato, no corpo do Auto de Infração, contém uma afirmação não condizente com a verdade, ao ser dito que teria havido falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso. Essa descrição seria correta se o contribuinte tivesse deixado de pagar o tributo por antecipação no primeiro posto fiscal da fronteira ou do percurso, sendo o fato apurado em outro posto fiscal mais adiante. Porém está patente nestes autos que a ação fiscal se deu precisamente no primeiro posto fiscal deste Estado, na fronteira entre a Bahia e Minas Gerais. Não houve, por conseguinte, a infração argüida.

O art. 125, II, “a”, do RICMS/97, prevê que o imposto seja pago “na entrada no território deste Estado”. Pagar o imposto “na entrada” não significa pagar através de Auto de Infração, pois não existe infração quando se faz o que o ordenamento jurídico determina. Infração haveria se a abordagem da fiscalização ocorresse em outro posto fiscal mais adiante, já tendo a carga passado pela primeira repartição fiscal.

Não costumo transcrever dispositivos legais, pois se presume que os atos normativos sejam do conhecimento de todos, sobretudo de funcionários que lidam com tributos. Mas, neste caso, vou transcrever a regra do art. 125, II, “a”, do RICMS, com a redação dada pela Alteração nº 52:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(.....).

II – na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

a) destinadas a comercialização por:

- 1 – ambulante, no caso de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária ou relativamente à antecipação parcial;
- 2 – contribuinte em situação cadastral irregular ou NÃO INSCRITO ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria;”

Note-se que é o RICMS quem prevê, de forma expressa e inequívoca, na alínea “a”, 2, que o imposto deve ser pago “na entrada no território deste Estado”. Somente haverá infração de o imposto não for pago no primeiro posto fiscal, que simboliza a entrada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, por antecipação, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, considerando que o autuado era contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes.

O autuado em sua peça defensiva, alegou que adquiriu os bens em questão na condição de consumidor final, não havendo previsão de incidência do imposto em tal situação.

Entretanto, verifica-se que o sujeito passivo adquiriu, a contribuinte do Estado do Paraná, através das notas fiscais nºs. 281 e 280, diversos filmes e equipamentos fotográficos, conforme documentos de fls. 08/11, o que configura, a meu ver, um volume de mercadorias que caracteriza o intuito comercial por parte do adquirente.

Outrossim, a auditora designada para prestar a informação ressaltou que a pessoa autuada é sócia-gerente da empresa identificada como depositário, à fl. 14, Retrato's Comércio e Serviços Fotográficos Ltda., que presta serviços na área de fotografias e comercializa material fotográfico, de cinema, slides, vídeo, som, equipamentos eletrônicos e de comunicação.

Ressalte-se que o autuado não trouxe ao PAF nenhuma prova de que as mercadorias foram adquiridas para uso próprio e, sendo assim, há que se considerá-lo contribuinte não inscrito, nos termos do artigo 36, do RICMS/97, com a obrigatoriedade de efetuar o pagamento do imposto, por antecipação, na primeira repartição fazendária localizada no território baiano, como previsto no artigo 125, inciso II, alínea “a”, item 2, do RICMS/97.

Quanto ao fato suscitado pelo ilustre relator, de que a previsão legal é no sentido de que o pagamento do imposto seja efetuado, espontaneamente, no primeiro posto fiscal, pressupõe-se que o sujeito passivo não o fez, o que levou a fiscalização a efetuar a lavratura do Auto de Infração. Não há como inferir que houve obstáculo, no posto fiscal, a que o contribuinte pudesse exercer seu legítimo direito de pagar, espontaneamente, o tributo. Não há nos autos a mais leve menção a esta esdrúxula hipótese, e caso houvesse este cerceamento de direito do contribuinte, seria o caso de apurar-se, administrativamente, tal ato arbitrário e contrário à legalidade e à moralidade que deve reger a Administração Estadual.

Assim, como o sujeito passivo não recolheu o tributo como determinado na legislação, entendo que está correta a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020176.0726/04-4**, lavrado contra **ANA RITA CALHEIRA DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.630,75**, 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, 4 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR