

A. I. N° - 269278.0112/04-1
AUTUADO - FLORA ROSA DOS VENTOS LTDA (ME)
AUTUANTES - JOSÉ SILVIO DE OLIVEIRA PINTO e SILVIO CHIAROT SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 01. 12. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0471-04/04

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No caso de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte com inscrição cancelada, à época do fato gerador, deveria ser dado o mesmo tratamento que se dispensava na hipótese de mercadoria destinada a contribuinte não inscrito: pagamento espontâneo do tributo no posto fiscal de fronteira. No entanto, como não houve o pagamento espontâneo do tributo, o imposto em questão foi corretamente exigido através do lançamento de ofício. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/01/2004, cobra ICMS no valor de R\$ 2.940,86, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação e adquiridas por contribuinte com a inscrição cancelada no CAD-ICMS.

O autuado (fls. 41 a 52), através de representante legalmente constituído, impugnou a ação fiscal, inicialmente requerendo a sua nulidade, dizendo que todo o processo administrativo-fiscal está submetido ao princípio da fundamentação, que todo o ato que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática, e que o princípio da fundamentação liga-se à regra de que é vedado à União, aos Estados e Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça, conforme artigo 150, I da CF. Cita doutrina a respeito desta fundamentação e diz que omiti-la viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Transcreve o artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia, que determina que o Auto de infração conterá a indicação dos dispositivos legais infringidos, além do referente à multa aplicada, e diz que deles se infere a nulidade da presente autuação, pela ausência de menção aos referidos dispositivos. Diz que na autuação há apenas indicação de dispositivos do RICMS, que é um veículo normativo infralegal inapto a prescrever obrigações, conforme mandamento constitucional expresso pelo artigo 5, inciso II, e que essa indicação não supre a menção aos dispositivos da lei. Expõe que a indicação do artigo 42, inciso II da Lei 7.014/96 não se justifica porque se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há porque aplicar a multa. Considera que falta a indicação da fundamentação legal do fato gerador, base de cálculo, alíquota e sujeito passivo, e da regra que estabelece a hipótese de antecipação do pagamento, e da norma que estabelece a Margem de Valor Agregado. Diz, ainda, que a falta de assinatura de duas testemunhas comprovando a quantidade de bens, conforme artigo 940, parágrafo 2º do

RICMS/97, acarreta a nulidade do Termo de Apreensão e Ocorrências, além da ausência do sujeito passivo ou preposto.

No mérito, diz que realmente se trata de uma operação interestadual relativa à circulação de mercadorias, e que a empresa, como adquirente das mercadorias, se encontra realmente com a inscrição cancelada desde 19/10/03. No entanto, alega que houve um equívoco na descrição do ato porque a empresa não atua no comércio de aparelhos eletrônicos como amplificadores e congêneres, já que de acordo com seu contrato social tem como objetivo principal a floricultura, a produção e a comercialização de plantas, e que isto se infere pelo seu nome de fantasia: Flora Rosa. Afirma que os bens indicados na nota fiscal em anexo não foram adquiridos para comercialização e sim para o ativo permanente da empresa. Informa que já está providenciando a regularização de sua inscrição no cadastro de contribuintes. Acrescenta que os bens serão utilizados para a sonorização dos estabelecimentos que reativarão suas atividades, e que assim o valor devido é apenas a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual aplicada no Estado de origem das mercadorias. Entende equivocado o valor indicado na autuação, que exigiu imposto calculado com acréscimo da Margem de Valor Adicionado de 20%, desconsiderando o percentual recolhido no Estado de São Paulo. Expõe que a aplicação da MVA é ilegal, transcrevendo o artigo 17, XI da Lei 7.014/96. Argumenta que quando se tratar de aquisições de bens para o ativo permanente, a base de cálculo é o valor da operação na unidade federada de origem. Contesta também a inclusão das despesas de frete por não estarem compreendidos no valor da operação do Estado de origem dos bens. Aduz que é empresa de pequeno porte, considerando-se isenta do pagamento da diferença de alíquota, e dispensada de escrituração fiscal, conforme o artigo 7, incisos V e IV, "d", respectivamente, do RICMS/97. Alega que, mesmo que não se considere a empresa isenta por estar cancelada a sua inscrição estadual, não estaria ela obrigada a antecipar o tributo na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, conforme entendimento do CONSEF, que transcreve às fls. 50. Argumenta ainda que houve equívoco em relação à quantidade de bens indicada no Auto de Infração, já que não foram adquiridos 20 amplificadores como descrito no Termo de Apreensão, mas apenas 14. Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração e o arquivamento do processo administrativo fiscal.

A Auditora fiscal convocada a prestar a informação fiscal (fls. 68 a 73) informou que da consulta ao sistema de informações da SEFAZ, confirmou que na data da autuação - 18.01.2004 - a empresa estava com a inscrição cancelada, portanto, legalmente impedida de comercializar. Informa que tendo sido flagrado adquirindo mercadorias para comercialização, obriga-se o autuado a recolher de imediato o ICMS correspondente, calculado com a aplicação da Margem de Valor Agregado de 20%, prevista no Anexo 89 do RICMS/BA em vigor. Ressalva que estando a empresa em situação cadastral irregular, a mesma se equipara, para todos os efeitos, a contribuinte não inscrito, e que assim, não pode ser considerada empresa de pequeno porte, como pretende, ou invocar o objeto da sociedade, estando com a inscrição cancelada, para justificar uma suposta aquisição de bens para o ativo permanente. Diz que a situação fática que se apresentou ao preposto fiscal no dia 18.01.2004 foi a de um contribuinte não inscrito regularmente, adquirindo mercadorias em quantidade incompatível com o uso ou consumo, indicando volume que caracteriza intuito comercial, conforme definição no artigo 36, do RICMS/97, e que o autuado não provou sua alegação de que as mercadorias seriam para o ativo permanente. Afirma que nessas condições o imposto deve ser antecipado, conforme define o art. 125, II do aludido regulamento, e que a base de cálculo determinada pelo artigo 61, inciso II, do mesmo diploma legal determina a inclusão do valor do frete e da MVA relativa às operações subsequentes. Quanto à quantidade de mercadorias indicada no Termo de Apreensão e Ocorrências e no Auto de infração, informa está de acordo com o demonstrativo fiscal (notas fiscais nºs 7262 e 7264 às fls. 07 e 08). Contudo, observa que na data da ação fiscal -18.01.2004 -vigorava redação anterior da alínea "a" do artigo 125, inciso II, do RICMS/97 vigente, estabelecida pela Alteração nº 49, com efeitos de 24/12/03 a 20/01/2004, portanto, alcançando a infração aqui constatada, onde era estabelecido que seria dado à exigência do imposto o tratamento de pagamento espontâneo, no caso de antecipação do ICMS

por contribuinte em situação cadastral irregular. Diz que embora tal distorção tenha sido corrigida pela Alteração 51, com a supressão da expressão “referente a tratamento de pagamento espontâneo”, tal modificação só passou a vigorar em 21/01/004, não podendo retroagir para aplicação ao contribuinte no caso em tela. Conclui que deve ser exigido o imposto antecipadamente, calculado com a inclusão do frete e aplicação da MVA, considerando-se a quantidade de mercadorias discriminadas nas notas fiscais nº 7262 e 7264, porém através de notificação ao contribuinte para recolher o ICMS devido, sem aplicação de multa. Ao final, opina pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide trata da cobrança do ICMS por antecipação tributária, no primeiro Posto Fiscal de fronteira, pelo fato do autuado encontrar-se com sua inscrição cadastral cancelada no CAD-ICMS desta Secretaria da Fazenda.

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a nulidade requerida, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Devo observar, que a indicação de dispositivos do RICMS para tipificar a infração cometida, também não é motivo para arguição de nulidade, já que a Lei 7.014/96, remete para o regulamento tal detalhamento. Dessa forma, não há do que se falar em prescrição de obrigações através de veículo normativo, conforme alegou o autuado, já que a lei acima citada é quem prevê a obrigação.

Quanto ao questionamento sobre base de cálculo, a mesma foi determinada com base no que dispõe o artigo 61, inciso II, do RICMS/97, que estabelece a inclusão do valor do frete e da MVA relativa às operações subsequentes, valendo, ainda, ressaltar que foram deduzidos os créditos destacados nas notas fiscais de aquisição. Em relação à quantidade de mercadorias indicada no Termo de Apreensão e Ocorrências e no Auto de infração, a mesma está de acordo com o demonstrativo fiscal (notas fiscais nºs 7262 e 7264 às fls. 07 e 08), ou seja, 24 amplificadores “advance”.

No mérito, efetivamente ficou constatado que na data da autuação (18.01.2004) o autuado estava com sua inscrição estadual cancelada, fato, inclusive, reconhecido pelo sujeito passivo.

Quanto à alegação do contribuinte de que as mercadorias, em questão, não foram adquiridas para comercialização e sim para o ativo permanente da empresa, não deve ser acatada, haja vista que os produtos adquiridos são em quantidade incompatível para seu uso ou consumo, sendo que o volume dos mesmos caracteriza intuito comercial, conforme definição prevista no artigo 36, do RICMS/97, ademais o autuado não provou que as mercadorias seriam efetivamente para seu ativo permanente.

Concordo com a auditora que prestou a informação fiscal, quando disse que na data da ação fiscal (18.01.2004), vigorava redação anterior da alínea "a" do artigo 125, inciso II, do RICMS/97, estabelecida pela Alteração nº 49, com efeitos de 24/12/2003 a 20/01/2004, portanto, alcançando a infração aqui constatada, onde era estabelecido que seria dado à exigência do imposto o tratamento de pagamento espontâneo, no caso de antecipação do ICMS por contribuinte em situação cadastral irregular.

Todavia, este CONSEF, em reiteradas decisões, tem mantido o entendimento de que, na presente circunstância, não havendo o pagamento espontâneo do imposto no posto fiscal de fronteira, o mesmo deve ser exigido através do lançamento de ofício.

Como nos autos restou comprovado que o impugnante não se dispôs a efetuar o recolhimento do imposto antecipado e espontaneamente, haja vista, inclusive, que o mesmo contesta a própria legalidade da cobrança, entendo correto o procedimento fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269278.0112/04-1**, lavrado contra **FLORA ROSA DOS VENTOS LTDA (ME)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.940,86**, 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, 25 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA