

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0419/04-2
RECORRENTE - JOSÉ DA SILVA OLIVEIRA FILHO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0010-04/05
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 19/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0125-12/05

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA EFETUADA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos que o cancelamento da inscrição estadual do contribuinte no CAD-ICMS se deu com base no art. 171, VIII, do RICMS/97 e que à época das aquisições das mercadorias a irregularidade base do cancelamento não havia sido sanada. *In casu*, contribuinte com inscrição cancelada equipara-se a contribuinte não inscrito. Nas aquisições interestaduais o imposto deve ser pago no primeiro posto de fronteira ou do percurso, espontaneamente, o que não foi comprovado. Afastada a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0010/04-05, que julgou pela Procedência total do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.623,02, acrescido da multa de 60%, em decorrência de aquisição irregular de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, alegando que, em observância ao princípio da estrita legalidade, o art. 125, II, "a", do RICMS, somente seria aplicável às mercadorias destinadas à comercialização, adquiridas por ambulantes ou contribuintes em situação cadastral irregular, vez que, com tal determinação, o legislador objetivou garantir a prerrogativa da administração pública quanto à responsabilidade tributária dos contribuintes. *Pari passu*, invocando o art 149, do RICMS - que adota procedimentos para a manutenção atualizada dos cadastros de contribuintes - e o art. 150, da referida norma - que traz o rol das pessoas obrigadas a se inscreverem no cadastro, como obrigação acessória, afirmou que o agente público não poderia valer-se das próprias convicções, preterindo a técnica normativa sob pena de desvio de finalidade. Transcrevendo o art. 191, do RICMS, argüiu que não se pode interpretar, extensivamente, a expressão "clandestino", objetivando majorar a aplicação de uma penalidade no âmbito tributário, muito menos tal interpretação deve ser estendida aos arts. 911 e 913 do citado Regulamento, vez que em Direito Tributário não pode haver interpretação extensiva sem previsão legal. Ingressando no âmbito do *meritum causae*, alegou que se encontra inscrito como microempresa e que a mercadoria apreendida foi um caminhão, não se tratando de empresa

concessionária de veículos, mas sim de transportadora, tendo sido o bem adquirido para compor o seu ativo imobilizado. Discorreu acerca da palavra “mercadoria”, citando doutrina, bem como da expressão “ativo imobilizado”, para justificar que o bem não poderia ser considerado mercadoria e que, com base no art. 27, § 1º, do RICMS, tal aquisição estaria amparada pelo manto da isenção. Argumentou que o fisco agiu sem moderação, autuando a empresa na primeira repartição fazendária, quando, em verdade, se fosse devido o imposto, deveria ter sido cobrado de forma espontânea na referida repartição fiscal, no caso, o Posto Fiscal Benito Gama. Asseverou que a lavratura do Auto de Infração ocorreu na cidade de Vitória da Conquista, bem assim que o auditor fiscal, ao afirmar que sua inscrição estadual se encontrava cancelada no CAD-ICMS, não considerou os recolhimentos regulares efetuados, conforme hard copy do sistema de arrecadação desta Secretaria da Fazenda que anexou aos autos, razão pela qual não poderia ser considerada clandestina uma empresa que recolhe valores expressivos de tributos. Por fim, requereu a improcedência do Auto de Infração e, caso superadas as alegações expendidas, transcrevendo o art. 915, XXII, do RICMS, pugnou pela conversão da cobrança em penalidade no valor de R\$50,00, posto que não existia penalidade expressa para a infração.

Na informação fiscal, a auditora Rossana Araripe esclareceu que o contribuinte foi intimado acerca do cancelamento em 23/12/1997, tendo a sua inscrição cancelada efetivamente em 20/1/1998, conforme Editais de nºs 50/1997 e 02/1998, publicados no Diário Oficial do Estado. No que concerne ao argumento da defesa de que o produto apreendido não se tratava de mercadoria, mas sim de bem para o ativo imobilizado, entendeu não ser aplicável ao caso vertente, posto que, estando a empresa em situação irregular no cadastro da SEFAZ há mais de seis anos, não poderia comprovar sua atividade atual, sem prejuízo do fato de que o estabelecimento estava equiparado a estabelecimento clandestino, como expressamente determina o art. 191, do RICMS/97. Asseverou, ainda, que a interpretação deste dispositivo legal, na presente autuação, nada teve de extensiva, uma vez que o texto legal é bem claro e objetivo, bem assim que o § 1º, do art. 27, do RICMS/97, não socorria às pretensões do autuado. Fez remissão aos incisos IV e V, do art. 7º, da mesma norma, que consigna que não é devido o pagamento da diferença de alíquota, sendo aplicável, na hipótese vertente, o inciso V, ao estatuir que “por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/1999”. Ao final, ratificou a autuação procedida e requereu a procedência do Auto de Infração.

Como não existia acostado aos autos o motivo do cancelamento da inscrição estadual do autuado no CAD-ICMS, a referida 4ª JJF baixou o PAF em diligência à Inspetoria de Feira de Santana, a fim de que nele fossem apensadas as provas existentes naquela Inspetoria que deram motivação ao citado cancelamento, o que foi cumprido por parte da Repartição Fiscal, que apensou aos autos a documentação referente ao motivo do cancelamento da inscrição estadual do contribuinte no CAD-ICMS. Instado a tomar conhecimento da documentação anexada aos autos, quedou-se silente o ora recorrente.

Através do Acórdão JJF Nº 0010/04-05, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) com relação à tese da defesa de que a infração somente seria aplicada às mercadorias destinadas à comercialização, adquiridas por ambulantes ou contribuintes em situação cadastral irregular, interpretação que o recorrente fez dos artigos regulamentares não pode ser recepcionada como forma de desconstituição da autuação, mas, ao contrário, serve-se a corroborar a ação fiscal;
- b) a legislação tributária ao utilizar a expressão “clandestino”, indica aqueles contribuintes que, embora cadastrados, estão em situação irregular perante o fisco estadual, sendo *in casu*, considerados não inscritos, razão pela qual, embora existam alguns recolhimentos

feitos do ICMS, tal fato não desonera o sujeito passivo de sua condição irregular no CAD-ICMS, sujeitando-o a todas as penalidades inerentes a esta condição;

- c) o motivo do cancelamento se deu com fulcro no art. 171, IX, do RICMS/97, ou seja, o Recorrente não atendeu a “Malha Fiscal”, programada em 1997, vez que foi detectado que ele se encontrava sem movimentação comercial no período, tendo o contribuinte quedado-se inerte sem sanar a irregularidade desde 1998, adquirindo, em 31/3/2004, um veículo em outro Estado, sem pagamento do ICMS;
- d) a alegação de que o veículo se tratava da aquisição de um bem para compor seu ativo permanente, é argumento que não pode ser recepcionado, posto que, sendo considerado contribuinte não inscrito, não se pode falar em recolhimento de diferença de alíquota, muito menos em isenção, figura jurídica sem qualquer cabimento no caso vertente;
- e) o contribuinte encontrava-se com a sua inscrição estadual cancelada, não podendo comercializar sem recolher o imposto antecipadamente, razão pela qual inexistia qualquer fundamento jurídico válido base para transformar a cobrança do imposto em multa acessória.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os termos da peça impugnatória, notadamente a assertiva de que não adquiriu “mercadoria” no sentido da lei, vez que o seu ramo de atividade é o transporte de cargas rodoviárias, tendo adquirido bem para composição do seu ativo permanente, razão pela qual estaria albergado pelo manto da isenção, à luz do art. 27, § 1º, do RICMS. Pugna, na hipótese de virem a ser superadas as razões expendidas quanto à improcedência do Auto de Infração, pela conversão da penalidade, invocando o art. 915, XXII, do RICMS, para que lhe seja aplicada a penalidade formal no montante de R\$50,00, descrita naquele dispositivo legal.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que o recorrente não traz qualquer elemento para comprovar a destinação do caminhão adquirido, limitando-se a afirmar que se destinava ao seu ativo fixo. Outrossim, por se tratar de contribuinte com inscrição estadual cancelada, o fisco estadual está autorizado a exigir ICMS por antecipação, à luz do arts. 125, II-a, 149, 150 e 191, do RICMS, razão pela qual opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Compulsando-se os autos, após efetuar a análise comparativa entre o quanto constante no campo “descrição dos fatos” do Auto de Infração e a “Base de Cálculo” acostada àquele instrumento e utilizada para a exigência do ICMS, verifiquei que existe flagrante contradição e divergência entre ambos.

Isso porque na descrição dos fatos constante do Auto de Infração, foi o recorrente autuado por adquirir, de forma irregular, “MERCADORIA” procedente de outra unidade da Federação. Outrossim, na base de cálculo utilizada para a cobrança do imposto, foram utilizados valores e enquadramento legal distintos, referentes à “BENS DO ATIVO FIXO”.

Permissa venia, não há como prosperar o lançamento fiscal, ante a flagrante nulidade absoluta que o inquina. Note-se que as peças defensória e recursal colacionadas aos autos por parte do ora recorrente invocam uma linha de defesa no sentido de NEGAR ser MERCADORIA o bem objeto de autuação, o que, evidentemente, não teria feito se compreendesse que o valor que lhe estava sendo cobrado se referia ao enquadramento legal de aquisição de bem do ativo fixo.

Manifesto, pois, o cerceamento de defesa a que foi compelido o recorrente, que ficou absolutamente impossibilitado de compreender a infração que lhe estava sendo imputada, diante

da flagrante contraditoriedade entre o quanto constante do campo “DESCRIÇÃO DOS FATOS” do Auto de Infração e a “BASE DE CÁLCULO” carreada àquele instrumento.

A “confusão” existente entre as duas informações desorientou, por óbvio, o exercício do direito de defesa, razão pela qual não pode o citado Auto de Infração prosperar.

Ex positis, por tudo quanto acima exposto, em que evidenciado encontrar-se o Auto de Infração eivado de flagrante nulidade absoluta, o que inviabilizou, por certo, o pleno exercício do direito de defesa constitucionalmente assegurado ao recorrente, voto no sentido de decretar a NULIDADE do Auto de Infração.

No âmbito meritório, na hipótese de vir a ser ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada de ofício, há que se salientar que no presente lançamento está sendo exigido ICMS, por antecipação tributária e no primeiro Posto Fiscal de fronteira em decorrência do recorrente encontrar-se com a sua situação cadastral cancelada no CAD-ICMS da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Cura reiterar que o recorrente adquiriu mercadoria – caminhão - através da Nota Fiscal nº 050594, emitida pela Daimler Chrysler do Brasil Ltda, situada no Estado de São Paulo.

Não há como prosperar as teses de defesa invocadas pelo recorrente, a fim de ilidir a cobrança do imposto devido. Senão, vejamos.

Dúvidas não restam nos presentes autos de que o recorrente, quando da autuação fiscal, encontrava-se com a sua inscrição estadual cancelada.

Ora, em assim sendo, caberia ao recorrente, que se encontrava em situação irregular perante o Fisco Estadual comprovar através de sua escrita ou qualquer outro elemento probante que o bem – caminhão – fora adquirido para composição do seu ativo imobilizado, e não para fins de comercialização, o que efetivamente não sói ocorrer nos presentes autos. A simples assertiva jungida à peça defensiva e à recursal, *permissa venia*, não tem o condão de ilidir a cobrança do imposto, notadamente quando a empresa se encontra em situação irregular, como demonstrado alhures.

Nesse sentido, por se tratar de contribuinte com inscrição estadual cancelada, fica o Fisco Estadual autorizado a proceder a exigência do ICMS por antecipação, como se depreende da simples leitura dos arts. 125, II-a, 149, 150 e 191, do RICMS.

No que concerne ao requerimento formulado pelo recorrente de conversão da penalidade objeto da autuação em penalidade formal, à luz do art. 915, XXII, do RICMS, razão alguma assiste ao recorrente, posto que todos, sem distinção, devem se submeter à incidência da norma tributária, inexistindo qualquer fundamento jurídico para transformar a cobrança do imposto em multa acessória, especialmente porque a infração cometida pelo mesmo se encontra devida e claramente tipificada em lei.

Ex positis, por tudo quanto acima exposto e com esboço no opinativo da PGE/PROFIS, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo *in totum* a referida Decisão que decretou a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração nº 232939.0419/04-2, lavrado contra JOSÉ DA SILVA OLIVEIRA FILHO.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

Com o devido respeito, discordo do posicionamento externado pelo ilustre relator quanto à preliminar de nulidade, a qual foi suscitada de ofício na sessão de julgamento.

Uma análise do Auto de Infração e das demais peças que compõem o processo evidencia que o contribuinte entendeu satisfatoriamente a acusação que lhe foi imputada. Esse fato fica claro

quando se observa que a defesa e o recurso foram apresentados abordando os diversos aspectos da autuação e com pedido específico.

Apesar de o art. 20, do RPAF/99, prever que a nulidade “*será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente*”, é relevante ressaltar que o sujeito passivo não questionou a nulidade do lançamento nos termos em que foi suscitada de ofício.

Em face do acima comentado, considero que a divergência entre a acusação e o demonstrativo do cálculo do imposto não cerceou o direito de defesa do sujeito passivo e, em consequência, afastou a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito da lide, acompanho o voto proferido pelo ilustre relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232939.0419/04-2**, lavrado contra **JOSÉ DA SILVA OLIVEIRA FILHO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.623,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, José Antonio Marques Ribeiro e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar nulidade)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS