

PROCESSO - A. I. Nº 269278.0112/04-1
RECORRENTE - FLORA ROSA DOS VENTOS LTDA. (ME)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0471-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 07/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0153-12/05

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À 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 dispensa 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. Afastadas as preliminares de nulidades argüidas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado em relação ao 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 nº 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 nº 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. 7 e 8). 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 nº 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.

A 4ª Junta de julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração da seguinte forma:

“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 nº 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. 7 e 8), 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 24/12/203 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.”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o autuado interpôs o Recurso Voluntário que ora se examina:

Da preliminar de nulidade do Auto de Infração. Invalidade do termo de apreensão.

Argüida a nulidade do Auto de Infração em consequência do vício causado pela ausência da assinatura de duas testemunhas que comprovassem a quantidade de bens alegada indicada no Auto de Infração, ficou-se inerte a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, ensejando a indubitosa omissão quanto à matéria suscitada.

Com efeito, prescreve o RICMS/97 que, na ausência do sujeito passivo, “o termo deverá ser assinado por duas testemunhas” (art. 940, §2º), o que, peremptoriamente, não se procedeu no caso em julgamento.

Destarte, constatada a ausência do sujeito passivo ou qualquer representante ou preposto, evidencia-se a absoluta nulidade do termo de apreensão, tendo em vista que o referido documento não fora devidamente assinado por duas testemunhas, tornando-se, por conseguinte, inábil para comprovar a quantidade de bens apreendidos, vício do qual decorre a inegável nulidade do Auto de Infração impugnado.

Da preliminar de nulidade do Auto de Infração. Ausência de fundamentação legal.

A preliminar acima identificada foi rejeitada pela Decisão recorrida, sob o fundamento de “que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a nulidade requerida”, aduzindo que a mera “indicação de dispositivos do RICMS para tipificar a infração cometida também não é motivo para arguição de nulidade”.

Ora, como já explicitado na impugnação, os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada – informadores do Direito Tributário – impõe que todo ato jurídico, através do qual se exija um tributo, indique devida e expressamente o seu fundamento legal, além da descrição fática, propiciando, por conseguinte, que o sujeito passivo verifique a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico, isto é, constate a efetiva incidência da norma tributária.

Assim, tendo em vista que a cobrança de tributos deve respaldar-se, definitivamente, numa regra legal, impende que o ente público propicie àquele a quem se imputa o pagamento do tributo a indicação da norma supostamente incidente sobre o fato realizado pelo sujeito passivo, não sendo lícito à Administração Tributária impor exações, sem especificar a lei sobre a qual se fundamenta.

Ademais, omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigida viola, peremptoriamente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao passo que dificulta enormemente – senão impossibilita – a cabal irresignação em face do ato que se tenta impugnar.

De fato, facultar apenas ao sujeito passivo a apresentação de defesa, sem, contudo, propiciar-lhe os fundamentos legais aos quais caberia impugnação fere a garantia constitucional da ampla defesa, impedindo que se concretize o verdadeiro contraditório, o que, por seu turno, evidencia o caráter arbitrário de toda e qualquer imposição tributária, sob tal título.

Positivando o princípio da fundamentação, o Código Tributário do Estado da Bahia, através de seu art. 129, §1º, inciso V, determina que:

“Art. 129 – (...)”

§1º - O Auto de Infração conterá:

(...)

V – a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada”.

Diante dos dispositivos legais acima transcritos, constata-se a indubitável nulidade o Auto de Infração impugnado, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam a norma jurídica supostamente incidente, restando demonstrada a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz-de-incidência do ICMS cobrado, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia ao evento realizado pelo indigitado contribuinte.

Em verdade, como se observa, no Auto de Infração impugnado, há apenas a indicação de dispositivos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, veículo normativo infralegal, inapto a prescrever obrigações a quem quer que seja, conforme mandamento constitucional expresso pelo art. 5, inciso II.

Evidente, portanto, que a mera indicação do Regulamento Estadual do ICMS não supre, como decido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, a necessidade de menção aos dispositivos de lei, isto é, a mera indicação de normas regulamentares não caracteriza a fundamentação legal exigida próprio Código Tributário do Estado da Bahia.

Há, porém, a indicação expressa do art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, o qual prevê:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II – 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;”

Entretanto, tal menção é totalmente despicienda, visto que, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há, por corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Por fim, cabe apenas ressaltar a total ausência de indicação da fundamentação legal dos supostos: fato gerador, base de cálculo e alíquota, além do sujeito passivo. Evidente também a omissão quanto à regra que supostamente estabeleceria a hipótese de antecipação do pagamento do tributo superficialmente imposta através do Auto de Infração impugnado e quanto à norma que estabeleceria a margem de valor agregado – MVA aplicada pelo autuante. Em verdade, em relação à MVA, não há sequer a menção de dispositivos regulamentares, sendo absolutamente omissa o Auto de Infração impugnado quanto a norma autorizadora da aplicação do percentual de 20% (vinte por cento), a título de margem de valor agregado.

Indubitável, por conseguinte, a nulidade do Auto de Infração, em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis ao fato descrito no referido documento.

Da insubsistência do Auto de Infração. Descrição fática equivocada.

Conseqüente aplicação errônea da legislação.

O ato jurídico impugnado imputa ao recorrente a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para

comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual, suspensão, cancelada, em processo de baixa ou anulada.

Como também já asseverado na defesa e transcrito, inclusive, pela Decisão recorrida, verificou-se, no caso em exame, uma operação interestadual relativa à circulação de mercadorias, negócio em que figura como sujeito passivo, isto é, como adquirente das mercadorias, uma pessoa jurídica contribuinte de ICMS. Verídica também a afirmação inserta no Auto de Infração quanto à situação irregular do recorrente em face à sua inscrição estadual, pois realmente encontrava-se com a inscrição cancelada, desde 29 de outubro de 2003, consoante o Documento de Informação Eletrônica emitido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, documento que se encontra nos autos.

Entretanto, há um equívoco apresentado através da descrição do suposto ato ilícito praticado pelo recorrente. Deveras, errônea a afirmação de que as mercadorias teriam sido “*adquiridas para comercialização*”.

Infundada é, destarte, a Decisão recorrida quando afirma que a quantidade dos bens adquiridos é “*incompatível para seu uso e consumo*”.

Ora, como se observa através do contrato – prova através da qual se elide definitivamente a pretensão fiscal – o recorrente não atua no ramo comercial de aparelhos eletrônicos, como, por exemplo, amplificadores e mercadorias congêneres. Com efeito, segundo prevê a cláusula segunda do aludido contrato, a sociedade tem como objetivo principal a floricultura, a produção e a comercialização de plantas, atividade, aliás, que se infere através do próprio nome de fantasia do recorrente: “Flora Rosa”.

Assim, ao contrário do que descrito pelo ilustre autuante, os bens indicados na nota fiscal em anexo não foram adquiridos para comercialização, e sim para o ativo permanente do recorrente, que planeja o restabelecimento de suas atividades, pelo que, inclusive, já está providenciando a regularização de sua inscrição perante o cadastro estadual de contribuintes. Vale repetir: verificou-se, de fato, a aquisição de bens para o ativo permanente do recorrente, os quais deverão ser utilizados para a sonorização dos estabelecimentos, que reativarão suas atividades.

Constatado que o evento efetivamente realizado caracteriza-se como uma aquisição interestadual de bem do ativo permanente, exsurge que apenas seria devido o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e alíquota interestadual aplicada no Estado de origem das mercadorias, e nunca o valor cobrado pelo Auto de Infração, pois este aplicou inteiramente alíquota interna do Estado da Bahia, desconsiderando totalmente o percentual recolhido no Estado de São Paulo, correspondente à alíquota interestadual do aludido ente da Federação.

Não bastasse a aplicação ilegal da alíquota, nos termos acima explicitados, vislumbra-se o indubitável equívoco do Auto de Infração em aplicar, para efeito de cálculo do montante do tributo, a margem de valor adicionado – MVA de 20%, quando se constata a inexistência de operações subseqüentes, fato cuja consequência jurídica é, apenas, em algumas situações (e não no caso em exame), o débito relativo à diferença entre a alíquota interna do Estado em que se encontre o adquirente e a alíquota interestadual do Estado de onde os bens foram remetidos.

À vista do exposto, requer seja dado Provimento ao Recurso Voluntário ora interposto, reformando a Decisão de primeira instância, para acolher as preliminares suscitadas, decretando-se a nulidade do Auto de Infração, ou rejeitada a referida preliminar, julgar improcedente o auto em exame, desconstituindo-se o débito tributário imputado ao recorrente e determinando-se, ao final, o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

A PGE/PROFIS se pronunciou argumentando que da análise dos autos verifica que o Auto de Infração não contém vícios para ensejar a sua nulidade. O termo de apreensão foi lavrado na forma prevista na legislação pertinente que não prevê as testemunhas alegadas pelo recorrente.

O Auto de Infração indica a infração cometida que, foi perfeitamente compreendida pelo Autuado, e indica a fundamentação legal da multa e regulamentar da obrigação tributária. O dispositivo regulamentar está perfeitamente validade pela lei em vigor.

Quanto ao mérito, a alegação de que a aquisição é para ativo fixo e não para comercialização não merece amparo, pois as quantidades indicadas não conduzem à conclusão de que se destinavam ao ativo fixo.

VOTO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

Quanto a suscitada preliminar de nulidade do Auto de Infração por invalidação do termo de apreensão, o representante do autuado não atentou para o fato de o termo de apreensão ter sido assinado pelo transportador (motorista) devidamente identificado à folha 4 do PAF, estando neste caso cumprido o que determina a lei, especificamente no que concerne ao art. 12, inciso I, alínea “d”, do Código Tributário do Estado da Bahia.

Ademais o ilustre representante do autuado também não atentou para a prova documental definitiva à folha 18 do PAF em que o autuado requer substituição do fiel depositário (Transportadora Primeira do Nordeste) pela firma mercantil individual AILTON DOS SANTOS DE VIDA NOVA, Inscrição Estadual nº 58.831.366, provando de forma definitiva a veracidade dos fatos constantes do Termo de Apreensão e Ocorrências apenso à folha 4 do PAF.

Quanto a preliminar de nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal, esclareço que o nobre defensor do autuado não atentou para o fato de que o art. 129, inciso V do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, traz textualmente a palavra “LEGISLAÇÃO”, e não Lei, ficando desta maneira bastante claro que o termo se refere a leis e regulamentos sobre o ICMS.

Deve-se observar, que a indicação de dispositivos do RICMS para tipificar a infração cometida, também não é motivo para arguição de nulidade, já que o próprio Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB tanto quanto a Lei nº 7.014/96, remetem 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 as leis acima citadas é quem prevêm a obrigação.

No mérito quanto ao Recurso Voluntário da insubsistência do Auto de Infração - Descrição fática equivocada e conseqüente aplicação errônea da legislação, temos a esclarecer que ficou constatado que na data da autuação (18.01.2004) o autuado estava com sua inscrição estadual cancelada, (folha 9), 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.

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. 7 e 8), ou seja, 24 amplificadores “advance”.

Assim, em face do expendido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário

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 **269278.0112/04-1**, lavrado contra **FLORA ROSA DOS VENTOS LTDA (ME)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 16 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS