

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0101/06-9
RECORRENTE - RUFFO ALBERTO DREHER FEI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0146-05/06
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 13/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0431-11/06

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA POR CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que as mercadorias foram adquiridas para comercialização. Neste caso, a norma tributária determina o recolhimento do imposto por antecipação tributária quando da entrada das mercadorias no território deste Estado. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JF, a qual, por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração referente à exigência de ICMS no valor de R\$ 1.434,39 acrescido de multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente a bebidas alcoólicas procedentes do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal acostada à fl. 07 dos autos.

As mercadorias foram apreendidas e depositadas em nome de terceiro, qual seja a sociedade empresária Rodoviária Cinco Estrelas Ltda., segundo o TAO de fl. 05

O autuado requereu o “cancelamento” do Auto de Infração através da impugnação de fls. 12 e 13, na qual concorda que o imposto é devido e que deveria ter sido recolhido por antecipação. Contudo, alega que não ficou com a mercadoria, tendo-a devolvido já que esta se encontrava em desacordo com o pedido efetuado ao fornecedor.

O Auditor Silvio Chiarot Souza trouxe aos autos a informação fiscal prestada às fls. 20 e 21, demonstrando que embora a operação esteja caracterizada como venda a consumidor final, o volume de mercadorias indica intuito comercial, nos termos do art. 39 do RICMS/BA. Apontou infringência dos arts. 149 e 150 do RICMS/BA, tendo em vista a obrigatoriedade de inscrição antes do início das atividades, lembrando que o art. 307, I do RICMS/BA prevê a emissão de nota fiscal avulsa para documentar a circulação de mercadorias de contribuinte não inscrito. Além disso, entendeu que a devolução das mercadorias pelo autuado ao seu fornecedor também é irregular, já que as mesmas estão sob ação fiscal e que, segundo o art. 125, II, “d” do RICMS/BA o momento para o pagamento do imposto é a entrada das mercadorias no Estado. Dessa forma, o fato gerador já ocorreu e o tributo é devido independente dos fatos ocorridos posteriormente.

Acolhidos os argumentos do Auditor Fiscal informante, o procedimento fiscal foi ratificado pela 5ª JF que acolheu a fundamentação da informação fiscal prestada, asseverando que as mercadorias estavam sob guarda legal e responsabilidade do transportador, tendo ocorrido grave erro pela devolução das mesmas sem autorização da SEFAZ. Por Decisão unânime, os membros a 5ª JF decidiram pela manutenção da autuação, julgando-a procedente.

O autuado apresentou Recurso Voluntário tempestivamente, porém não trouxe ao processo qualquer elemento novo a seu favor, limitando-se a reiterar as alegações da impugnação feita em sede de defesa administrativa.

Os autos aportaram na PGE/PROFIS que elaborou Parecer da lavra da Procuradora Mara Lina Silva do Carmo que, no mérito, opinou pela improcedência do Recurso Voluntário, apoiada no fato de que o autuado não se desincumbiu de fazer prova contrária às conclusões da autuação fiscal, invocando o art. 143 do RPAF, o qual determina que *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”*

A ilustre procuradora prosseguiu sua análise observando que em que pese a constatação do caráter eminentemente procrastinatório do Recurso Voluntário, verifica-se a improcedência do Auto de Infração devido à flagrante ilegalidade. Assim afirmou por entender que são aplicados os arts. 940 e 958 do RICMS, por não poder ser exigido o tributo quando o contribuinte abandona as mercadorias depositadas em poder de terceiro, no caso em tela, o transportador.

A ilustre Procuradora asseverou que o crédito tributário deve ser extinto, pois dele encontra-se inequivocamente desobrigado o autuado. Salientou que a inércia do depositário em apresentar as mercadorias postas sob sua guarda caracteriza a sua infidelidade, autorizando seja contra ele promovida a competente ação de depósito, já que a relação entre o mesmo e o Estado não tem natureza tributária, mas constitui-se em liame de índole civil. Assim sendo, concluiu pelo acolhimento e improvimento do Recurso Voluntário, bem como pela improcedência do AI tendo em vista a ocorrência de ilegalidade flagrante. Ressaltou ainda que devem ser adotadas as providências pertinentes à recuperação da mercadoria apreendida e *se houver infidelidade do depositário, os autos deverão ser remetidos ao setor judicial desta Procuradoria Fiscal para servirem como prova na competente ação a ser promovida.*

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária na primeira repartição do percurso na Bahia, referente à aquisição de bebidas alcoólicas, por meio da Nota Fiscal de acostada à fl. 07, provenientes do Estado do Paraná.

O contribuinte concorda com a exigência do imposto por antecipação, contudo se insurge contra a autuação argumentando que devolveu as mercadorias ao fornecedor que as remeteu por estas não estarem de acordo com o pedido feito.

Com a devida *venia*, devo divergir, em parte, da ilustre representante da PGE/PFOFIS, visto que não vislumbro nos autos os elementos ensejadores da ilegalidade apontada por abandono das mercadorias. É de se notar que embora a interpretação dos dispositivos do RICMS invocados no Parecer da PGE/PROFIS esteja correta, os mesmos não se aplicam ao presente caso, já que os elementos que se encontram nos autos demonstram que as mercadorias não foram abandonadas pelo contribuinte autuado, nem tampouco se observa inércia por parte do mesmo quanto à autuação. Ao contrário, o autuado apresentou tempestivamente impugnação ao Auto de Infração, bem como interpôs Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JJF.

Entendo, portanto, que a falta de declaração de revelia do autuado, bem como ausência de qualquer intimação dirigida ao depositário para que este apresente as mercadorias ao fisco, são suficientes para a não caracterização de inércia do autuado, contudo, a remessa das mercadorias de volta à origem foi um ato sem apoio jurídico, vez que lhe falta a devida liberação prévia por parte da SEFAZ, daí estar caracterizada a infidelidade ensejadora da competente ação em face do depositário infiel.

Dessa forma, embora o autuado tenha demonstrado qual o destino dado às mercadorias que estavam em poder do depositário – prova efetuada através de cópia do conhecimento de transporte número 59.408, acostado à fl. 41, referente à Nota Fiscal nº 0029, demonstrando seu retorno de volta ao estabelecimento comercial de origem no Estado do Paraná – as referidas mercadorias estavam sob ação fiscal e não poderiam jamais ser objeto de devolução ou retorno. Além disso, o fato gerador do imposto já havia ocorrido, pela circulação da mercadoria. Para

arrimar este entendimento, faço minhas as palavras do Professor Roque Antonio Carrazza, estampadas na pág. 39 de sua obra *ICMS*, editada pela Malheiros, 11ª edição, São Paulo, ano de 2006: “*É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria*”. Logo, no presente caso, ocorreu o fato gerador do imposto pela saída da mercadoria do seu estabelecimento comercial de origem, em outra unidade da federação.

Dessa forma concordo com a PGE/PROFIS no tocante ao opinativo pelo conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu NÃO PROVIMENTO, devendo ser mantida a decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269130.0101/06-9**, lavrado contra **RUFFO ALBERTO DREHER FEI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.434,39**, 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 novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

GUILHERME CORRÊA DA FONSECA LIMA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS