

A. I. Nº - 299689.0117/06-6  
AUTUADO - XELABONG COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS LTDA.  
AUTUANTE - ALBA MAGALHÃES DAVID  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 09.05.07

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0127-03/07**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. O contribuinte com inscrição cancelada, ao adquirir mercadorias para fim de comercialização terá o tratamento de contribuinte não inscrito, sendo o imposto exigido por antecipação. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/2006, exige imposto no valor de R\$2.527,13, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição cancelada no CAD-ICMS, acompanhadas pelas notas fiscais nºs 006941 e 008497, com 3<sup>a</sup> via respectivamente às fls. 06 e 07, e pelo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 085100 com 5<sup>a</sup> via à fl. 08. Termo de Apreensão nº 126550 à fl. 05.

O autuado, às fls. 16 a 20, manifesta-se inicialmente apresentando defesa administrativa contra ato da Supervisora de Trânsito da SEFAZ/BA em Itabuna, onde expõe que tem por objeto social o comércio varejista e atacadista de artigos do vestuário, e complementos, citando seu contrato social, e se afirmando empresa de conduta regular. A seguir, alega que as mercadorias de sua propriedade (calças jeans), acompanhadas das notas fiscais nº 006941 e 008497, em viagem de retorno de estabelecimento para onde tinham seguido no intuito de lhes serem aplicados insumos pela empresa GB Artes, foram retidas pela fiscalização estadual quando em trânsito pelo município de Ilhéus, na Viação Águia Branca, até que o defendante pagasse o ICMS supostamente devido. Diz que a fiscalização, além de constatar suposta ausência de pagamento de ICMS devido por antecipação sobre mercadoria que já integrava a sua propriedade, entendeu que há uma suposta inaptidão do defendant. Afirma que cobrar este imposto seria tributar duas vezes a mesma operação, posto que, quando do retorno, já detinha a propriedade da mercadoria; que não houve transferência de titularidade na operação objeto da autuação, porque entende não ter havido circulação de mercadoria, repetindo tratar-se de mero retorno. Cita jurisprudência pátria a respeito e insurge-se contra a apreensão das mercadorias pelo Fisco, citando a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal e o Acórdão 17.110-3/2004 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Aduz que o ato de apreensão é ilegal, que os agentes da SEFAZ utilizaram-se da apreensão como meio de coação para o pagamento de imposto, antes do término de processo administrativo, que pode decidir contra o pagamento do tributo exigido na ação fiscal. Aduz que a apreensão cerceou-lhe o livre exercício da atividade econômica, e cita o tributarista Hugo de Brito Machado, quanto a não haver motivo lícito para a apreensão de mercadorias quando o contribuinte está “inscrito no cadastro da Secretaria de Fazenda do Estado, ou por qualquer outra forma identificado, e a suposta infração devidamente comprovada”. Assevera que, no caso em foco, o Auto de Infração “já dispõe de todos elementos necessários, sem que seja preciso a retenção das mercadorias do contribuinte, senão vejamos: 1) há o registro da operação supostamente irregular; 2) a apuração do montante do tributo supostamente devido; e, enfim, 3) a clara identificação do contribuinte, inclusive, com sua inscrição junto ao Fisco Estadual quando

ainda em atividade.” Prossegue na explanação contra a apreensão da mercadoria, cita o art. 5º, XVIII e LIV, e art. 170 da Constituição da República. Assinala que não restou outra alternativa, ao contribuinte, que não o presente recurso, para fazer valer o seu direito de ter reconhecida como indevida a cobrança de ICMS, ou, caso ainda considerado devido o imposto, serem suas mercadorias liberadas, vez que o Fisco tem que se ater aos meios legais para a cobrança do tributo. Continua insurgindo-se contra a apreensão das mercadorias citando as Súmulas nº 323, 547 e 70 do STF e afirmando que não existe no Direito Pátrio o princípio que erija a má fé como regra ou parâmetro de interpretação, vedando-se a presunção da existência de ato ilícito. Conclui pedindo que o Auto de Infração seja considerado inválido, em virtude de as mercadorias serem de propriedade do autuado e, caso não reconhecida a propriedade, sejam liberadas as mercadorias, de imediato, junto ao depositário das mesmas, Transportadora Águia Branca na rodoviária de Ilhéus.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza às fls. 33 a 35, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual inicialmente relata o teor do Auto de Infração e as Razões da impugnação ao lançamento fiscal. Comenta sobre a alegação defensiva de que a mercadoria era de sua propriedade, anexando à fl. 25 a nota fiscal nº 002, sob código de operação 6.949. Expõe que, para o autuado, a sua irregularidade no cadastro da SEFAZ não tem valor, mas que foi determinada pelo previsto no art. 171, XVIII, do RICMS/BA, em decorrência das fraudes identificadas na formalização dos atos cadastrais, citando não ser esta uma conduta irrepreensível. Diz que, desta forma, a má fé não foi aplicada “como princípio, mas como ponto de partida factual”. Aduz que o autuado anexa ao PAF a nota fiscal nº 002, de sua emissão, e nela apõe, como natureza da operação, “outras saídas”, cujo código de operação é 6.949, e descreve outras saídas não especificadas anteriormente, mas que a operação em foco está definida na Nota Fiscal nº 6.942, à fl. 06, com CFOP 5.125, código que corresponde à industrialização efetuada por terceiro, quando a mercadoria não transitar pelo estabelecimento do adquirente, afirmando que, no caso em tela, não houve remessa do autuado e, sim, a aquisição dos produtos em outro Estado, que foram remetidos diretamente para industrialização na GB Artes, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente. Alega que a Nota Fiscal nº 002 não representa uma saída, ou remessa para industrialização, posto que se a mesma fosse verdadeira, o autuado poderia ter juntado o Conhecimento de Transporte que comprovaria seu trânsito efetivo. Aduz ainda que esta nota nº 002, emitida pela defendant, simula a propriedade, assinalando que tal fato fica evidente por ser o seu destinatário, GA José de Brito, lavanderia em estreita relação com o industrializador por encomenda, e que a citada Nota Fiscal “deve ter sido emitida para fechar o raciocínio da defesa”. Questiona qual seria sido a origem real das mercadorias, que afirma não estar comprovada no processo, e que a resposta a esta questão está na nota fiscal de retorno do estabelecimento industrializador por encomenda referida “que deixa claro tê-las recebido do fornecedor por conta e ordem do adquirente.” Assinala que o art. 620 do RICMS/BA, que regula esta operação, não prevê a emissão da nota fiscal nº 002, apresentada, segundo diz, para simular a propriedade anterior. Conclui afirmando que a operação objeto da ação fiscal é a primeira entrada da mercadoria no Estado da Bahia, embora a mercadoria tenha sido adquirida anteriormente, e afirma ser o Auto de Infração procedente.

## VOTO

Analizando as peças processuais, constato que o contribuinte foi intimado para regularizar sua situação cadastral em 31/10/2006 e teve sua inscrição cancelada no CAD-ICMS em 23/11/2006, mediante, respectivamente, Editais de nºs 41/2006 e 36/2006, conforme consta dos dados INC – Informações do Contribuinte – Histórico de Atividade Econômico/Condição/Situação-SEFAZ/BA, fls. 9 e 10, consubstanciada no previsto pelo art. 171, XVIII, do RICMS/BA:

*art. 171. Dar-se-á a inaptidão da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária:*

*XVIII - quando for constatada a ocorrência de adulterações ou quaisquer outras fraudes praticadas pelo contribuinte nos procedimentos voltados para a*

*formalização dos atos cadastrais, inclusive no caso de interposição de pessoa que não seja a efetiva sócia, acionista ou titular.*

Consta no Sistema Informatizado SEFAZ – INC, que o autuado só retornou à condição de “ativo” em 15/01/2007, tendo adquirido as mercadorias ora fiscalizadas em 28/11/2006, data da emissão das notas fiscais que as acompanhavam, por conseguinte, antes da regularização de sua inscrição cadastral. Trata-se de mercadorias para comercialização procedentes de outra unidade da Federação, em operação acobertada pelas notas fiscais nºs 006941 e 008497- 3<sup>as</sup> vias às fls. 06 e 07 - e pelo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 085100 – fl.05.

O autuado alega que as mesmas teriam entrado anteriormente na Bahia, sendo a operação em foco seu segundo ingresso no Estado, mas não é este o fulcro da autuação. Trata-se, na situação em análise, de entrada de mercadoria, neste Estado, para contribuinte em situação cadastral irregular.

Por conseguinte, verifico que restou provado, nos autos, a correta ação do Fisco estadual sobre a entrada de mercadoria no Estado da Bahia para contribuinte com inscrição estadual cancelada uma vez que, na conformidade com o disposto no art. 125, II, “a”, item 2, do RICMS/97, ao contribuinte com inscrição cancelada no CAD-ICMS, que adquirir mercadorias tributáveis em outra unidade da Federação, deve ser dado o mesmo tratamento dispensado a contribuinte não inscrito, ou seja, deve ser exigido o imposto devido por antecipação.

*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:*

*2 - contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria.*

No que concerne ao pedido de liberação constante da manifestação do autuado contra o lançamento fiscal, observo que não se inclui na competência do Conselho de Fazenda Estadual a liberação de mercadorias apreendidas em curso de ação fiscal, pelo que neste julgamento não está sendo apreciado, cabendo ao contribuinte requerer a referida liberação à autoridade competente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299689.0117/06-6 lavrado contra **XELABONG COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto, no valor de R\$2.527,13, 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 abril de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR

