

A. I. N ° - 299164.0986/07-4
AUTUADO - RINALDO BARBOSA
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - IFMT DAT SUL
INTERNET - 15.09.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-02/08

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias tributáveis, destinadas a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo, é devido o imposto por antecipação na entrada no território deste Estado. Comprovada a infração. Mantida a multa pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/10/2007, exige imposto no valor de R\$314,83, 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 INAPTA.

O autuado, às fls. 15 e 16, impugnou o lançamento tributário alegando que houve erro do fornecedor, pois deveria ter emitido a nota fiscal tendo como destinatário à empresa Rinaldo Barbosa, Inscrição Estadual nº 38.445.286, já que a mesma é inscrita nos devidos órgãos, “a empresa aqui em questão se encontrava INAPTA na secretaria da Fazenda, porém no dia 21/09/2007 às 08:20:21 foi pedido a sua reativação, e às 11:38:56 foi gerado um requerimento de Reativação com nº 16307020070. Aduz que o remetente alterou a venda em pauta, para pessoa física, sem constatar a reativação “dada entrada” em 21/09/2007.

Aduz que o autuante não considerou que a mercadoria estava transitando na primeira repartição fiscal (Posto Fiscal Benito Gama), não permitindo como seria natural o recolhimento espontâneo do tributo.

Ao final, requer o cancelamento da multa.

O auditor designado para prestar a informação fiscal, às fls. 30 e 31, ressaltou que não basta ao contribuinte requerer sua reativação, o mesmo deve aguardar o pronunciamento da Secretaria da Fazenda. Diz que a autuação foi correta, porquanto o imposto deveria ser recolhido na entrada do Estado, nos termos do Inciso II, do artigo 125, do RICMS em vigor; não na primeira repartição como argumenta a defesa.

Está juntado aos autos, fl. 24, DAE indicando o pagamento da quantia de R\$314,83, sem inclusão de multa, vinculado ao presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente devo ressaltar que o Auto de Infração foi lavrado contra contribuinte não inscrito no Cadastro Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Rinaldo Barbosa, pessoa física, utilizando para sua identificação o número do CPF- Cadastro de Pessoa física do Ministério da Fazenda, contribuinte do ICMS não inscrito.

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que a Nota Fiscal nº 002185, foi emitida em 03/10/2007, em nome da Pessoa Física, reitero que é contribuinte do ICMS não inscrito.

A apreensão das mercadorias ocorreu 08/10/2007, com o Termo de apreensão sendo lavrado contra a Pessoa Física, novamente reitero, contribuinte do ICMS não inscrito.

Portanto, não resta dúvida que a nota fiscal foi emitida para contribuinte não inscrito. A ação fiscal foi desenvolvida contra contribuinte não inscrito. A autuação foi contra contribuinte não inscrito, no caso em tela, o Sr. Rinaldo Barbosa, CPF 114736575-04, constante dos referidos documentos. O fato, operação realizada com contribuinte sem inscrição estadual, foi reconhecido pelo próprio ao autuado, o qual alega que a culpa é do fornecedor.

Logo, na autuação em lide foi exigido imposto pela falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, destinada para contribuinte não inscrito.

Embora, em uma análise não aprofundada, poderia ser entendido que a autuação teria ocorrido em decorrência de Inscrição Estadual INAPTA, entretanto, ao analisar um Processo Administrativo Fiscal, assim como em qualquer outro processo, devemos, mesmo sendo mais trabalhoso, analisar todos os elementos acostados aos autos, e não, simplesmente, nos limitar a descrição da acusação.

No Processo Administrativo Tributário, principalmente, não podemos nos afastar do princípio da verdade material. Na fase de instrução e no julgamento temos o dever de ofício, com julgadores administrativos, a obrigação de alisar todos os elementos acostados pelo autuante e pelo sujeito passivo da relação processual tributária, inclusive, como no caso em tela, contribuinte não inscrito no cadastrado da SEFAZ-BA.

Analisando a peça defensiva percebo, claramente, que o sujeito passivo entendeu perfeitamente a acusação, tendo exercido seu direito de defesa amplamente, uma vez que, apesar de não negar que a venda foi realizada para pessoa física, alegou que esse fato ocorreu por culpa do emitente da nota fiscal. Por essa razão entendo que não há possibilidade de anulação da autuação, pois não houve cerceamento do direito de defesa.

Entendo, que não houve mudança no fulcro da autuação, apesar da falha na descrição da imputação. Não é toda a descrição da acusação que foi errada.

A acusação foi precisa, ao descrever que é decorrente da **falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.**

Se a descrição fosse concluída na forma acima estaria cem por cento correta, porém incompleta.

Ao completar a acusação, o autuante acrescentou: “por contribuinte com a inscrição INAPTA.”

Quando deveria ter complementada com a informação que a mercadoria foi adquirida por contribuinte sem inscrição estadual.

Reitero, que essa falha da complementação da descrição da infração não causou nenhum prejuízo ao autuado, o qual exerceu plenamente seu direito de defesa, acima analisado.

Observei que, no presente caso, o nome do sócio se confunde com a razão social, o que justificaria a descrição da infração constante dos autos, embora não fosse a descrição mais precisa para o fato, o autuado entendeu perfeitamente a infração, o que possibilitou seu amplo direito de defesa, tendo alegado erro do emitente da nota fiscal, o qual deveria ter emitido a nota fiscal em nome da empresa e não em nome do sócio, razão pela qual não ser devido o pagamento da multa, somente o valor do principal, o qual já recolheu, conforme cópia de DAE acostado aos autos.

A alegação do sujeito passivo que o autuante não considerou que a mercadoria estava transitando na primeira repartição fiscal (Posto Fiscal Benito Gama), não permitindo, como seria natural, o recolhimento espontâneo do tributo, não pode ser acolhida, uma vez que tal irregularidade somente foi apurada mediante ação fiscal, conforme os elementos constantes dos autos, o que descaracteriza a espontaneidade do autuado.

Para caracterizar a espontaneidade não basta o caminhão parar no posto, pois esta ação é uma obrigação do motorista. Além da parada no posto, que é obrigatória, o responsável pelo transporte das mercadorias deve apresentar todas as notas fiscais para serem analisadas, pois a verificação é feita por amostragem, devido ao grande movimento nos postos fiscais de fronteira. Seria uma ingenuidade muito grande imaginar que todas as notas fiscais são entregue nos Postos fiscais. É de conhecimento comum que nem todas as notas fiscais são apresentadas de forma espontânea, levando a Administração Tributaria Estadual manter equipes de fiscalização para realizar a conferência das mercadorias que circulam nos postos fiscais.

Em relação ao argumento defensivo de já teria dado entrada no pedido de reativação de inscrição estadual, entendo que tal argumento não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a nota fiscal não foi emitida para o citado estabelecimento e nem houve lavratura de Auto de Infração contra o estabelecimento inscrito. Reitero que a nota fiscal foi emitida para pessoa física do sócio, com o seu CPF, e a autuado também foi contra a pessoa física por constar como destinatário das mercadorias.

Como aplicadores do direito não podemos confundir “Pessoa Física ou Natural” com “Pessoal Jurídica”.

Pessoa física, também denominada de “Pessoa Natural”, é o ser capaz de exercer direitos e contrair obrigações desde o nascimento com vida, início da personalidade civil. Já a “Pessoal jurídica” também é capaz de exercer direitos e contrair obrigações, porém, seu nascimento somente ocorre com registro nos órgãos competentes.

A lide em análise foi inicial em decorrência da autuação contra a “Pessoa ou Natural”.

O Auto de Infração não foi lavrado contra a “Pessoal Jurídica”, sendo portanto, irrelevante saber se a empresa estava ou não regular do cadastro de contribuinte do Estado da Bahia.

Diante do acima exposto, entendo que a infração restou caracterizada, e a multa é devida, pois, somente mediante ação fiscal, foi comprovada que a “Pessoa Natural”, Rinaldo Barbosa, adquiriu mercadorias para revenda, em outra unidade da federação, sem ter comprovado o recolhimento do ICMS espontâneo antes do início da ação fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO DISCORDANTE

Levanto uma questão como preliminar:

- a) a acusação neste Auto de Infração parte de uma premissa falsa, dizendo que o imposto não foi pago “na primeira repartição do percurso”;
- b) ocorre que no Auto e no Termo de Apreensão está claro que a ação fiscal se desenvolveu, precisamente, no primeiro posto fiscal do percurso neste Estado, localizado na fronteira da Bahia com Minas Gerais;
- c) logo, não é verdade que o imposto tivesse deixado de ser pago “na primeira repartição fiscal do percurso” neste Estado.

De acordo com a legislação baiana, que neste caso é expressa e se repete em vários dispositivos, conforme demonstrarei, somente haveria infração se o contribuinte deixasse de pagar o tributo

no posto fiscal de fronteira, vindo o fato a ser detectado em outro local após o primeiro posto deste Estado.

O contribuinte bateu na tecla exata, ao reclamar que “O autuante não considerou que a mercadoria estava transitando na primeira repartição fiscal (posto fiscal Benito Gama), não permitindo como seria natural o recolhimento espontâneo do tributo”.

O protesto do contribuinte não pode ser ignorado. Quando ele diz que o fiscal não permitiu, como seria natural, o recolhimento espontâneo do tributo, já que a mercadoria se encontrava na primeira repartição fiscal do percurso, é preciso que se analise o fato à luz da legislação. Se não é para seguir a legislação, aí é outra história.

Friso bem a circunstância de o Auto de Infração ter sido lavrado no posto fiscal da fronteira da Bahia com Minas Gerais.

Quando eu for adentrar no mérito, demonstrarei que a inscrição do contribuinte não se encontrava inapta. Mas por enquanto prossigo analisando a preliminar que suscitei.

O tratamento dispensado a contribuinte com *inscrição inapta* é o mesmo que se dá a *contribuinte não inscrito* ou a *mercadoria sem destinatário certo*. Desse modo, se a inscrição se encontrasse efetivamente inapta, o tributo sobre o valor adicionado deveria ser pago no posto fiscal de fronteira (RICMS, art. 125, II). No entanto, pagar o imposto *por antecipação* não é o mesmo que pagar o imposto *mediante autuação*. O pagamento a ser feito no posto fiscal de fronteira ou no primeiro posto fiscal do percurso neste Estado deve ser feito sem Auto de Infração.

O art. 125 do RICMS, ao cuidar da antecipação do imposto nas aquisições interestaduais – note-se que uma das hipóteses de antecipação é quando o destinatário não é inscrito ou quando a mercadoria não tem destinatário certo, seja qual for a mercadoria –, prevê que o imposto deve ser pago na entrada no território deste Estado:

“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;” (grifei)

Se o pagamento deve ser feito *na entrada no território deste Estado* (ou seja, no primeiro posto fiscal), o “prazo” só vence se o contribuinte deixar de efetuar o recolhimento do tributo na fronteira. Sendo o pagamento feito na fronteira, não há infração.

Esse entendimento é corroborado pelo art. 426, *caput*:

“Art. 426. Nas operações a serem realizadas no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, sem destinatário certo ou *destinadas a contribuinte não inscrito*, o imposto sobre o valor acrescido será recolhido antecipadamente, na primeira repartição fazendária por onde transitarem ou onde se encontrarem as mercadorias [...] (grifei)”.

Concluindo a preliminar: a legislação prevê que no caso de mercadorias procedentes de outro Estado com destino a contribuinte não inscrito ou em situação cadastral irregular o pagamento seja feito no posto fiscal da fronteira ou na primeira repartição fazendária do percurso, porém *espontaneamente*. O cálculo do tributo é feito sobre o valor adicionado, abatendo-se o crédito da

operação anterior, sem multa. É assim que o Regulamento trata a matéria, nos arts. 125, II, “a”, 2, e 426, acima transcritos. Por conseguinte, o Auto é nulo, por inexistência de motivação jurídica.

Quanto ao mérito, a autuação foi feita para lançamento de ICMS devido por antecipação porque o destinatário das mercadorias se encontrava com a inscrição inapta.

A autuação ocorreu no dia 8.10.07.

O autuado *provou* que muito antes, desde o dia 21.9.07, sua inscrição se encontrava *ativa*, conforme documento à fl. 21.

Em face das explicações dadas pela defesa, pretender-se que prevaleça num caso como este a “diferença” entre Rinaldo Barbosa (cidadão) e Rinaldo Barbosa (comerciante) é uma violência contra a realidade da vida.

Seja como for, quer o Auto de Infração fosse lavrado contra Rinaldo Barbosa, como cidadão, não inscrito como contribuinte, quer fosse lavrado contra Rinaldo Barbosa, “pessoa jurídica”, inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia sob o nº 38.445.286-ME, teria de ser observada a regra dos arts. 125, II, “a”, 2, e 426 do RICMS, que indiscutivelmente prevêm que o pagamento seja feito espontaneamente.

O contribuinte anexou comprovante de que o pagamento do imposto foi efetuado no dia 15.10.07 (fl. 24).

Como o Auto de Infração é nulo, por inexistência de infração, conseqüentemente o pagamento foi efetuado espontaneamente, uma vez que juridicamente o autuado não se encontrava sob ação fiscal.

O pagamento espontâneo não está sujeito a multa.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299164.0986/07-4** lavrado contra **CARLOS RINALDO BARBOSA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$314,83**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR/VOTO DISCORDANTE