

**A. I. N°** - 232893.0331/09-5  
**AUTUADO** - ROGÉRIO ALMEIDA DE JESUS  
**AUTUANTE** - MARIA ROSALVA TELES  
**ORIGEM** - IFMT DAT/SUL  
**INTERNET** - 04/12/2009

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0375-03/09**

**EMENTA:** ICMS INSCRIÇÃO CADASTRAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Restou provado que a mercadoria não era destinada a comercialização. Entretanto, houve cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, sendo aplicada, de ofício, a multa correspondente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 19/03/2009 na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS no valor de R\$6.749,50, acrescido da multa no percentual de 60%, referente à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira, ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade de Federação, por contribuinte com a inscrição estadual baixada, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado em 19/03/2009 e acostado às fls. 04 e 05.

À fl. 11 está acostado requerimento de Transferência de Depositário, pelo qual o contribuinte requer a autorização para que a empresa Pereira e Araújo Comércio De Frutas LTDA, regularmente inscrita no cadastro estadual n° 77043624, funcione na condição de depositária fiel das mercadorias constantes no Termo de Apreensão à fl. 04, fundamentando seu pedido no artigo 957, II, alínea “b” do regulamento de ICMS/BA. Acosta documentos ao requerimento às fls. 12 a 17.

À fl. 18 está acostado o Termo de Liberação, autorizando a empresa Pereira e Araújo Comércio De Frutas LTDA a funcionar como fiel depositária das mercadorias constantes no Termo de Apreensão à fl. 04. À fl. 20 a empresa mencionada confirma o recebimento das mercadorias constantes no Termo de Liberação n° 30522.

Em sua defesa (fls. 26 a 30) o autuado alega, inicialmente, que possui como atividade econômica principal a de Código 9313100 – atividade de condicionamento físico, e que é considerado pela SEFAZ como não contribuinte (documentos anexados às fls. 31 a 33). Afirma que nos exercícios de 2005 a 2008 a empresa estava inativa (Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica às fls. 35 a 38). E que em 26/02/2009 deu entrada junto à Receita Federal no pedido de reativação da inscrição estadual, mas só foi atendida em 31/03/2009. O contribuinte argüi que o Auto de Infração foi lavrado durante o intervalo entre as datas mencionadas (documentos às fls. 40 a 44). Diz que, em função de sua atividade, adquiriu junto à Vitally Indústria de Aparelhos para Ginástica LTDA equipamentos destinados ao ativo imobilizado, com vistas à reabertura da Academia de Ginástica (Nota Fiscal de simples faturamento n° 29.990, no valor de R\$48.493,00). E que posteriormente foram emitidas as Notas Fiscais de venda n°s 30.104 e 30.107, aduzindo que em todas as notas fiscais a base de cálculo foi de R\$44.900,93, que representa o valor total dos produtos e que os valores das duas notas fiscais somados alcançam a tributação como operação interna de 18% no

Estado de São Paulo (documentos anexados às fls.46 a 48). Afirma que a mercadoria foi apreendida conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, e liberada conforme Requerimento de Transferência de depositário e Termo de Liberação (anexados às fls. 54 a 57).

O sujeito passivo alega que não estava desenvolvendo suas atividades desde o exercício de 2005 até o início de 2009, data em que afirma ter protocolado um pedido de reativação da Inscrição Estadual, e que este pedido só foi atendido em 31/03/2009. Diz que neste intervalo foi autuado, e diz que a demora no procedimento de reativação foi a causa principal da autuação, mas que não agiu com má-fé. Afirma que, em atenção ao artigo 125 do RICMS/BA, a mercadoria foi remetida para destinatário certo e inscrito, e que sua situação cadastral está em trâmite junto à SEFAZ por mais de 30 dias. Considera que, em atenção ao artigo 149 do RICMS/BA, o que foi pedido feito foi plenamente atendido, pois as notas fiscais fazem referência a seu nome, localização e classificação. O contribuinte alega que em momento algum buscou a infração, e que agiu preventivamente quando buscou a reativação de sua inscrição estadual, aduzindo que foi penalizado em função da demora do deferimento por parte do Estado. Afirma que em momento algum houve prejuízo para o Fisco estadual, argumentando que os produtos adquiridos junto à Vitally Indústria de Aparelhos para Ginástica LTDA foram destinados ao seu ativo imobilizado e que o ICMS na entrada cobrado como diferencial de alíquota não é devido, para fundamentar transcreve o artigo 7º, IV e V, do RICMS/BA. Ainda sobre as aquisições de ativo imobilizado, o contribuinte diz que o atual regulamento de ICMS prevê, quando a alíquota destacada seja a interestadual, que pode ser regularizado através do recolhimento ou emissão de nota fiscal complementar com destaque de ICMS no montante restante para complementação, afirmando que o fornecedor atendeu de boa-fé assim que identificou o equívoco, conforme artigo 541, inciso II, letra “c”. Diz que outra forma de regularização seria o recolhimento através da guia nacional para o Estado de origem, São Paulo. Argumenta também não ser o caso de aplicação do artigo 352-A, parágrafo 3º, do RICMS/BA, aduzindo que na situação do artigo mencionado as mercadorias deveriam ser destinadas a comercialização, porém afirma que, no caso em comento, as mercadorias estão destinadas ao ativo imobilizado. Alega que não se aplica a MVA de 20% que foi utilizado para obtenção da base de cálculo, aduzindo que os produtos não serão comercializados e sim utilizados como ativo imobilizado. O contribuinte solicita que sejam avaliadas as provas documentais acostadas, bem como seja realizada uma diligência fiscal para comprovação dos fatos apresentados, conforme artigo 123, parágrafo 3º do Decreto 7.629/99. Conclui pedindo a extinção e o arquivamento do presente Auto de Infração.

Às fls. 61 a 63 o Auditor Fiscal Sílvia Chiarot presta Informação Fiscal nos termos do artigo 127 do RPAF/99, acatando parcialmente as alegações defensivas. Inicialmente discorre acerca dos fatos imputados no Auto de Infração, e em seguida aborda as alegações apresentadas na defesa. Alega que o artigo 171, X, do RICMS/BA, prevê a inaptidão do contribuinte especial, de ofício, quando este se utilizar de sua condição para realizar operação com a alíquota interestadual. Diz que esta possibilidade de punição, em função da utilização indevida da inscrição concedida, aliada à possibilidade prevista no artigo 352-A, §3º, inciso I, do RICMS/BA, permite ao Fisco cobrar o diferencial de alíquota sobre a operação. Alega que não houve, por parte do contribuinte, a boa-fé alegada, argumentando que foi tentado o benefício da alíquota interestadual que ensejou a emissão posterior de nota fiscal complementar para regularizar a operação que deveria ter sido realizada com a alíquota interna do Estado remetente, porquanto a operação deu-se com um não-contribuinte. Diz que só após a ação fiscal foi providenciada a nota fiscal de ajuste. E que a aquisição é de produtos não destinados à comercialização, arguindo não ser correta a aplicação da margem de valor agregado. Solicita que seja feita a correção para a cobrança da diferença de alíquota sobre a base de cálculo com o IPI incluso por não se tratar de operação entre contribuintes, resultando R\$5.100,74 de imposto a recolher. Por fim, diz que o contribuinte se antecipou indevidamente quanto ao resultado de seu pedido de reativação cadastral, argumentando que caracterizou-se a irregularidade cadastral do contribuinte, pois o pedido de

reativação não implica em sua concessão por si só, depende de consideração de autoridade fazendária.

### VOTO

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, verifico que os objetos descritos na Nota Fiscal acostada à fl. 08 deste processo são bens de ativo imobilizado destinados a academia de ginástica, tal como descrito pelo sujeito passivo e constatado pelo preposto do Fisco que prestou a informação fiscal. Assim, não são mercadoria destinada à comercialização, pelo que descabida a exigência de ICMS devido por antecipação tributária.

Uma vez que a autuação trata de exigência de ICMS por antecipação tributária, não se pode mudar o fulcro da autuação e converter o lançamento em exigência de imposto por diferença de alíquota devida em aquisição de bem do ativo imobilizado, o que seria outra acusação, da qual o contribuinte não teve garantido o direito de defender-se no prazo de impugnação.

Neste sentido, diante dos fatos levantados neste processo, recomendo à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal relativas à situação em lide.

Contudo, tendo em vista que foi utilizada indevidamente, pelo autuado, inscrição estadual na condição de “baixada” no cadastro de contribuintes desta SEFAZ, em operação comercial realizada antes da regularização da sua situação cadastral, portanto tendo sido cometido ato irregular detectado na presente ação fiscal, e tendo em vista o teor do artigo 157 do RPAF/99, quanto a que, no caso de insubsistência de infração quanto à obrigação principal, sendo comprovado o cometimento da infração a obrigação acessória, é cabível a imposição de multa, entendo que é devida a multa no valor de R\$50,00, conforme previsto no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232893.0331/09-5**, lavrado contra **ROGÉRIO ALMEIDA DE JESUS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00** prevista no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/2005.

Recomenda-se à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal relativas à situação em lide.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR