

PROCESSO - A. I. N° 152528.0522/13-7
RECORRENTE - ELIENE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (CEREALISTA ELIENE) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0125-01/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 20.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0335-12/14

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Destaca-se que na análise conjunta e sistemática do art. 332, III c/c com o art. 272, I, alíneas "a", 2, "b", ambos do RICMS, verifica-se que o dispositivo exigia o ICMS por antecipação - antes no território baiano de mercadoria procedente de outra unidade federativa -, o qual dispensa o recolhimento do diferencial de alíquota para as micro empresas e empresas de pequeno porte nas aquisições de bens do ativo permanente, quando não incide o ICMS. Esta conclusão fica explícita a inexistência do fato gerador do ICMS. Acusação fiscal sem lastro fático-jurídico. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **Improcedente**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou, por unanimidade, pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 08/12/2013 pela fiscalização de trânsito, no Posto de Benito Gama, para exigir ICMS no valor de R\$20.244,60 mais a multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

O sujeito passivo defendeu-se às fls. 24/27 e a informação fiscal foi prestada às fls. 37 e 39. Veio a 1ª JJF e lastreada nos elementos residentes nos autos, exarou a seguinte Decisão :

“O Auto de Infração em lide foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama para exigência de imposto por antecipação do destinatário da mercadoria procedente de outra unidade da Federação (RJ), constante no DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 000290899, emitida pela MAN LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULO LTDA, de 21.11.13, (doc. fl. 08), em razão daquele encontrar-se com a inscrição na situação de inapto, no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia (fl. 06).

Na análise das peças processuais, verifico que ocorreu a apreensão de um chassi com motor, combustível diesel (nº 953658240ER412461), além da cabine para caminhão, conforme Termo de Ocorrência Fiscal 152528.0041/13-9, de 08.12.2013 (fl.04), tendo em vista que a aquisição dos bens foi feita em nome de ELIENE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA-EPP (CNPJ 10.960.018/0001-99 e CICMS 83.436.330), conforme constante do documento fiscal 000290899, antes referido.

A alegação defensiva é que sua conduta não se encontra tipificada nos fundamentos legais constantes dos autos, cometendo grave erro a administração tributária, considerando que adquiriu veículo em nome próprio, para uso próprio, como bem imobilizado de seu ativo permanente, escapando, assim, da incidência de qualquer espécie de tributo. Observa que o veículo estava em trânsito, sem emplacamento, em deslocamento para seu domicílio empresarial para as providências junto ao órgão de trânsito.

Alega ainda que não satisfez o tributo na data específica pela lei, tendo em vista que, “está desobrigada a fazê-lo, por força de lei”, posto que o bem adquirido não está inserido na circulação própria de mercadoria, mas, ao ativo imobilizado.

O direito não assiste ao sujeito passivo. A autuação decorreu da aquisição de um veículo marca Volkswagen (chassi com motor e cabine para caminhão) conforme descrito no DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 000290899, de 21.11.13, emitida pela MAN LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULO LTDA, de 21.11.13, estando o contribuinte autuado com a inscrição estadual na situação inapto (fls. 08 e 06).

Nessas circunstâncias, considerando a entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação destinadas contribuinte não inscrito, é devido o pagamento do imposto por antecipação (antes da entrada), devendo ser pago pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, conforme previsto no art. 332 inciso III, “d”, do RICMS/BA (Decreto 13.780/12):

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...) III – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...) d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria;

Não resiste a alegação defensiva da ausência de subsunção da sua conduta aos fatos tipificados nos autos, tendo em vista que a legislação do ICMS no Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) incluiu entre contribuintes do ICMS, qualquer pessoa ou entidade indicada (comerciante, no caso concreto) que, na condição de consumidor ou usuário final, adquirir bens ou serviços em operação ou prestação interestadual (art. 5º, § 2º, XIV), sendo devido o imposto por antecipação, na entrada da mercadoria destinada a contribuinte desabilitado no cadastro (art. 8º, § 4º, I, “b”).

O fato de a aquisição do veículo automotor destinar-se ao ativo imobilizado do contribuinte autuado e a nota fiscal indicar uma venda para consumidor final, não desnatura a incidência tributária e a situação ensejadora do nascimento da obrigação tributária restou configurada.

Pois, o fato gerador da obrigação tributária há de ser sempre considerado como fato, sem qualquer relevância dos aspectos subjetivos. De frisar ainda que a responsabilidade por infrações da legislação tributária, independe da intenção do agente ou responsável (art. 136, CTN).

Na Informação Fiscal, fls. 39, o Fisco ao proceder aos ajustes no valor da base de cálculo da exigência, fls. 39, reduziu o valor do lançamento de ofício de R\$ 20.244,60 para R\$ 11.322,30.

A operação de aquisição de bem para o ativo fixo por estabelecimento situado no Estado da Bahia, acobertada pela Nota Fiscal Eletrônica nº 000290899, no valor de R\$202.446,00, emitida pela empresa Man Latin América Indústria e Comércio de Veículos Ltda., Inscrição Estadual nº 85.586.181, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, importa cálculo da diferença de alíquota origem/destino.

Sendo o bem adquirido um chassis com motor (953658240ER412461) e cabine para caminhão, Código NCM / SH nº 8704.2310, à luz da legislação do ICMS vigente no Estado da Bahia, em especial, o art. 16, inc. III, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, as operações internas com essa mercadoria são tributadas à alíquota de 12%.

Nesse caso, a exigência do ICMS referente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (o chamado DIFAL) deve recarregar sobre a base de cálculo que serviu para a quantificação da operação no Estado de origem, confrontando-se as alíquotas aplicáveis na operação de remessa e a vigente no Estado de destino do bem ou da mercadoria. Constatou que a operação na origem foi tributada à alíquota de 7%. Na Bahia, a operação interna, com a mesma mercadoria, é tributada à alíquota de 12%. Logo, o ICMS DIFAL exigível na operação é de 5% (12% - 7%), e não 10%, como foi indevidamente calculado pelo autuante, na inicial dos autos. Na tentativa de corrigir o valor inicialmente exigido, o preposto fiscal, na sua Informação Fiscal, retro aludida, não o fez com acerto, razão da correção a seguir:

O cálculo da operação acobertada pela Nota Fiscal-e nº 000290899, resta assim definido:

Valor da operação: R\$202.446,00;

Alíquota na origem (RJ): 7%;

Alíquota no destino (BA): 12%;

Dif. de Alíquota (5%) = R\$202.446,00 x 0,05 = R\$10.122,30.

Posto isso, o demonstrativo de débito constante da fl. 02 do PAF, que era de R\$20.244,60, passa a totalizar, com a alteração acima referida, o valor de R\$10.122,30 (R\$24.293,52 - R\$14.171,22).

No tocante à multa de 60% do valor do imposto não acato os argumentos defensivos. Isto porque as multas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, vinculadas ao descumprimento de obrigação tributária principal, por falta de pagamento do ICMS; sujeitas, porém, às reduções estabelecidas no art. 45 da mesma norma legal, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado e lançado de ofício, nos prazos ali previstos.

O presente Auto de Infração é, pois, PROCEDENTE EM PARTE.

Inconformado, o autuado apela a esta CJF para reiterar, em sede de Recurso, em parte, a tese esposada na sua impugnação. Em suma, alega que Fisco estadual incorreu em grave equívoco, por ter agido com base em mera presunção, tendo cancelado sua inscrição estadual no período de 25/11/13 a 10/12/13, sob o argumento de não ter localizado seu domicílio fiscal.

Diz que à vista de robusto material probante, dúvidas não remanescem de que o autuante equivocou-se ao lavrar o AI guerreando, isto porque mesmo que estivesse com a sua inscrição estadual cancelada/inapta, conseguiu emitir e recolher suas obrigações tributárias mediante guia de recolhimento do Simples Nacional, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2013, sobretudo no mês de novembro quando, surpreendida, verificou que a inscrição referida estava cancelada.

Pontua que a irregularidade na inscrição federal, estadual ou municipal impossibilita ao optante do Regime simplificado o recolhimento de impostos e contribuições, à luz do art. 17 da LC 123/06 que reproduz, destacando o inciso XVI o qual dispõe acerca da ausência de inscrição ou a irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível.

Adiante, transcreve o art. 76, da Resolução CGSN nº 100/2012, e que partindo-se da premissa de que sua inscrição estava ativa e que operava normalmente no seu domicílio tributário, a despeito do que o Fisco estadual ter cancelado sua inscrição por não ter localizado seu domicílio, é de se atentar que a legislação do ICMS desta unidade federada dispensa o recolhimento do diferencial de alíquota as empresas de pequeno porte.

Ademais, como ressalta, o RICMS-BA prescreve com clarividência quanto à dispensa do lançamento e pagamento relativo à diferença de alíquota nas aquisições de bens do ativo permanente efetuadas por micro empresas e empresas de pequeno porte. Reproduz o art. 272 respectivo, o qual enfatiza.

Cita o Parecer nº 03618/2013 da lavra de Ozita de Andrade Mascarenhas Costa que anexa como documento nº 3. Pugna pela improcedência da autuação. Faz alusão ao princípio da verdade material; do poder dever de autotutela insculpido no art. 37 caput da CF, além de reproduzir a Súmulas 346 e 473 do STF.

Prosegue arguindo o caráter confiscatória da multa o que é contrária às garantias constitucionais sobre o que cita ementas do STF e invoca o art. 145, § 1º, e 150, IV da CF.

Por derradeiro, requer a anulação do AI; o cancelamento da penalidade e a produção dos meios probantes em lei permitidos. o contrato social, documentos de identificação dos representantes legais e contas da COELBA, extratos bancários como comprovantes de endereço, guia do Simples Nacional- DAS -, do FGTS, e nota fiscal por si emitida.

A PGE/PROFIS não foi instada a proferir Parecer em virtude do valor sob julgamento ser inferior ao piso mínimo legal.

VOTO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em oposição ao julgado de origem. Compulsados o PAF, infiro que foi lavrado o lançamento de ofício para exigir ICMS por antecipação do destinatário de mercadoria oriunda de outra unidade federativa (Rio de Janeiro), remetida pela MAN LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULO LTDA, a qual, para acobertar a operação mercantil, expediu o DANFE (Documento Auxiliar de Nota

Fiscal Eletrônica) nº 000290899, em 21.11.13, tendo a fiscalização de trânsito procedido à apreensão da mercadoria – um chassi com motor combustível diesel nº 953658240ER412461 e uma cabine para caminhão -, por ter considerado a inscrição estadual como inapta no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

A tese recursal é de que, mesmo que a inscrição estadual estivesse inapta ou cancelada, que não seria óbice à emissão e recolhimento de suas obrigações tributárias, como alega tê-lo feito com as guia de recolhimento do Simples Nacional, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2013, o que juntou com seu apelo, a guisa de prova, tendo, em arremate, invocado o art. 76, da Resolução CGSN nº 100/2012, que trata acerca dos efeitos da exclusão de ofício de ME e EPP do Simples Nacional.

A posição decisória dos julgadores de base foi no sentido de que, o fato da aquisição ter se destinado ao ativo imobilizado e da nota fiscal que acobertou a operação ter indicado se tratar de venda para consumidor final, não eximiria o sujeito passivo de pagar o ICMS ante à inteligência do art. 8º, § 4º, I, “b” do RICMS que exige o ICMS por antecipação quando da entrada da mercadoria destinada a contribuinte desabilitado no cadastro.

Ocorre que há uma questão de ordem a ser enfrentada por existir víncio que está por fulminar o PAF, se não fosse hipótese de improcedência total do lançamento de ofício, a atrair a regra do art. 155 do RPAF. Explicito melhor. Como visto acima, a exação tributária refere-se à antecipação tributária, enquanto que na informação fiscal consta infração outra, qual seja, a falta de pagamento da diferença de alíquota, o DIFAL, com alteração, pois, do cerne da acusação fiscal e, por conseguinte, a causar imprecisão e fragilidade ao Auto de Infração e sua nulidade *“ab initio”* e causar embaraços à defesa.

Todavia, deixo de decretar a nulidade, eis que, como devo destacar que, da análise conjunta e sistemática do art. 332, III c/c com o art. 272, I, alíneas “a, 2 b”, ambos do RICMS, verifico que, muito embora aquele dispositivo exija o ICMS por antecipação - antes no território baiano de mercadoria procedente de outra unidade federativa -, este dispensa o recolhimento do diferencial de alíquota para as micro empresas e empresas de pequeno porte nas aquisições de bens do ativo permanente, quando não incide o ICMS. E se assim é, a conclusão não pode ser outra senão de inexistência do fato gerador do ICMS. A acusação fiscal sem lastro fático-jurídico.

Por derradeiro, e dentro desta linha intelectiva, passo a discordar do posicionamento externado pelos i. julgadores *“a quo”*, para considerar improcedente o Auto de Infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152528.0522/13-7, lavrado contra **ELIENE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (CEREALISTA ELIENE) - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS