

A. I. Nº - 210544.0705/19-1
AUTUADO - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.
AUTUANTE - EVANDRO JOSÉ PEREIRA
ORIGEM - POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-02/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Provado nos autos que sem o direito a postergar o pagamento do imposto devido nos termos dos §§ 2º e 2º-A do art. 332 do RICMS-BA, o sujeito passivo não cumpriu a obrigação tributária no prazo legal para pagamento. Alega inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação a respeito, inclusive quanto à multa aplicada, questões que, dada à unicidade jurisdicional do direito brasileiro, foge à competência dos órgãos administrativos judicantes. Afastada a arguição de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 09/12/2019, o AI exige de ICMS o valor de R\$60.560,51 acusando a seguinte infração:

54.05.08 - Falta de recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação (PR), por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação. Valor: R\$60.560,51. Período: 09/12/2019. Enquadramento legal: Art. 33, III, “b”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

Consta descrito se referir a aquisição de mercadorias tributáveis (cosméticos) procedentes do PR, constante do DANFE 210887/210881, para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte baiano cuja inscrição estadual consta na condição de “DESCRENCIADO”. Falta de denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada na Bahia.

O autuado apresenta impugnação às fls. 23-39. Após sintetizar os fatos, argui preliminar de nulidade alegando cerceamento ao direito de defesa. Destaca que ao “capitular as infrações sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está a Autoridade Fiscal impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido”.

Reproduzindo o art. 5º, LV da CF/88, art. 18, IV, “a” do RPAF, art. 142 do CTN, ementas de decisões judiciais, bem como anotando doutrina que distingue o vício formal do material, entende haver vícios que inquinam de nulidade o AI.

No item “IV) DO MÉRITO”, diz ser empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, cumpridora de suas obrigações tributárias e no subitem “IV.1) Da Inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como meio coercitivo para recolhimento de tributos”, fala que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação e que o RICMS-BA (art. 332, §2º) permite aos contribuintes regularmente inscritos o recolhimento desse imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal e na hipótese de o contribuinte estar descredenciado, exige-se o recolhimento imediato, mas o descredenciamento, por si só, não se revela hábil à cobrança imediata porque isso funciona como sanção política aplicada para obrigar o contribuinte a recolher o tributo.

Aduz que o seu descredenciamento decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto na SEFAZ-BA, que se encontravam com fase administrativa encerrada, mas pendente de ação própria do Fisco para cobrança.

Discorre sobre poderes de cobrança do Fisco que, embora de faculdade discricionária, são constitucionalmente limitados quando ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou imotivados. Nesse sentido, reproduz excertos doutrinários e trecho de decisão do STF, no Recurso Extraordinário nº 374.981-RS.

Fala que o Estado não pode se valer de meios indiretos de coerção como instrumento de acerto da relação tributária e constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso, porque constituem desvio de finalidade do Poder Público.

Diz que ante isto, considerando que dispondo de ferramentas próprias para cobrar o crédito tributário o Fisco não poderia descredenciar o autuado, bem como apreender mercadorias em trânsito, com lavratura do AI, cujo exercício do recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente foi impedido.

Após reproduzir o disposto legal da multa sugerida (Art. 42, I, “d”, da Lei 7014/96), o art. 150, IV, do CTN e trecho de doutrina a respeito, no item “IV.2) Do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada”, argui que no âmbito administrativo deve ser considerado o princípio da proporcionalidade da sanção tributária, porque o caráter confiscatório desnatura sua função, conforme lecionam Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua e Dirceu Galdino e José Eduardo Soares de Melo, bem como ementas do RE 55.906/SP e 57.904/SP, em reproduções que efetua.

Concluindo, pede: a) revisão fiscal por estranho ao feito; b) acolhimento da preliminar de nulidade; c) improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 81/83. Após resumir a peça de defesa, a rebate na seguinte pontuação:

1. Por fazer menção às supostas previsões aplicáveis

Diz isso carecer de fundamento porque o enquadramento legal consta exposto no AI.

2. Cerceamento de defesa por não haver descrição clara dos fatos que configuraram as infrações

Diz que descreveu clara e corretamente os fatos, informando que o lançamento decorreu da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial por compra de cosméticos oriundas do Paraná para comercialização na Bahia, por contribuinte baiano cuja IE consta na condição de “descredenciado” no cadastro da Sefaz-BA.

3. A Ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas.

Diz que a infração é clara: “Falta de recolhimento de ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal” e que o Impugnante “não especificou objetivamente quais foram os elementos indispensáveis que tornariam o auto nulo”.

4. Imposição da antecipação parcial como sanção política, sendo assim inconstitucional, aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover o recolhimento do tributo.

Diz que a previsão da antecipação parcial é prevista na alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS-BA e que considerações fora deste espectro foge à sua competência.

5. Caráter confiscatório da multa aplicada

Diz que é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

VOTO

Conforme acima relatado, o Auto de Infração processado exige o valor de R\$60.560,51, acusando falta de recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada de mercadorias procedentes de outra UF para ser comercializada na Bahia, por contribuinte na situação de “descredenciado” no Cadastro de contribuintes deste Estado.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) do teor da manifestação defensiva se percebe que cópia da Notificação Fiscal e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-21); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ainda que reconheça sua condição de contribuinte “descredenciado” para recolher o ICMS antecipação no mês subsequente ao da operação, faculdade concedida aos contribuintes credenciados na forma regulamentada, preliminarmente, o Impugnante argui a nulidade do AI por cerceamento ao direito de defesa, alegando haver no AI, uma capitulação sem apontar as razões da autuação, o que logo afasto pelas seguintes razões:

A uma, porque, além de conhecer a legislação baiana que faculta aos contribuintes credenciados postergar o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, nos termos previstos nos §§ 2º e 2º-A, do art. 332, do RICMS-BA, na fl. 01 do Auto de Infração consta a clara descrição dos fatos que configuram a irregularidade tributária constatada, qual seja, a exigência do crédito tributário relativo à aquisição de cosméticos procedentes do Paraná, para comercialização na Bahia, constantes das NF-es nºs 210887/210881 - DANFES de fls. 06-09, o que, ao contrário do alegado, dá azo, pauta e motiva a exação.

A duas, porque, entre outros dispositivos legais, como corretamente exposto no enquadramento legal do Auto de Infração, a irregularidade constatada afronta o art. 332, III, “b”, do RICMS-BA/2012 c/c arts. 23, 32 e 40 da Lei 7014/96.

A três, porque, ao inverso do alegado, o lançamento em apreço atende ao disposto no art. 142 do CTN e correlatos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, pois, lavrado por Autoridade Fiscal competente, a obrigação tributária convertida em crédito pelo ato administrativo fiscal em juízo revisional administrativo, foi determinado e calculado corretamente; identificado o legítimo sujeito passivo e a consequente penalidade foi proposta nos termos da Lei do ICMS da Bahia, tudo de modo regular, como retro exposto.

Portanto, sem fundamento lógico e jurídico a nulidade alegada e que aqui resta afastada.

Entendendo tratar de diligência, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o formulado pedido de revisão por estranho ao feito, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Nos argumentos de mérito, o Impugnante levanta aspectos e situações vistas nos autos que, ainda que previstos na legislação tributária, entende inconstitucionais e ilegais, tais como apreensão da mercadoria, cujo Termo de Apreensão se acha às fls. 04-05 dos autos; a exigência imediata do imposto devido por antecipação parcial que expressamente reconhece devido, dado ao fato de não cumprir as reguladas condições de postergação de recolhimento, pois, também, expressamente se reconhece inadimplente com obrigações tributárias principais com a Fazenda Pública baiana. Ademais disso, argui/argumenta haver caráter confiscatório na multa proposta no Auto de Infração.

Pois bem. Tendo em vista que o ato administrativo tributário decorre de regular procedimento fiscal, apto e suficiente para constituir o crédito tributário em juízo neste órgão administrativo judicante, ao caso interessa a clara e autoexplicativa legislação abaixo, cujos grifos são meus:

Lei 7014/96

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

...

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

...

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

II - inidôneo o documento fiscal que:

a) omitir indicações;

...

c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;

RICMS-BA/2012

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:

...

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

...

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas "a", "b" e "c" e o item 2 da alínea "g" do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

...

§ 2º-A. O prazo especial previsto no § 2º deste artigo somente será concedido se houver emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal da operação, ainda que o contribuinte atenda aos requisitos definidos no referido dispositivo.

RPAF

Art. 28. **A autoridade administrativa** que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária **lavrará**, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

IV - **Termo de Apreensão**, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, **para documentar a apreensão de mercadorias**, bens, livros ou documentos **que constituam prova material de infração**, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

...

Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

...

II - as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível;

Art. 167. **Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:**

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Tendo em vista que a constitucionalidade do ICMS Antecipação Parcial foi confirmada pelo STF na ADI 3426-0-BA, de 22/03/2007, DOE de 01/06/2007, e em face de os aspectos e situações aventadas como inconstitucionais ou ilegais pelo Impugnante estarem integradas na legislação vigente do ICMS da Bahia, dada à unicidade jurisdicional que o Direito brasileiro concede ao Poder Judiciário, a apreciação sobre os aspectos inconstitucionais e/ou ilegais suscitados pelo Impugnante fogem à competência deste órgão de juízo administrativo.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210544.0705/19-1**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.560,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 28 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR