

A. I. N° - 210765.0738/19-0
AUTUADO - CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0137-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO NA SITUAÇÃO DE DESCREDENCIADO. DIVIDA ATIVA. O agente Fiscal Autuante no cumprimento do seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, observando que Contribuinte Autuado não cumpria um dos requisitos que autorizava o recolhimento do imposto (ICMS) por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao do Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (MDF-e) vinculado aos DANFE's n°s 000210505 e 000210509, oriundos do Estado de Paraná, mais especificamente o inciso II, do § 2º, do art. 332, do RICMS/BA, ou seja, identificando o registro de restrição de crédito por dívida ativa no CAD-ICMS/BA, constituiu o presente lançamento para exigir imposto (ICMS) por antecipação na entrada do primeiro fiscal deste Estado, o Posto Fiscal Benito Gama, dado o sujeito passivo não apresentar qualquer documento fiscal que comprovasse o seu recolhimento antes da entrada no território deste Estado na forma do art. 332, inciso III, alínea "b", do citado diploma legal. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/12/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$73.157,15, conforme demonstrativo acostados à fl. 3 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 54.05.08: Falta de recolhimento do imposto (ICMS) referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, em conformidade com a cópia do documento “*Resultado da Consulta*” extraído do Sistema do Trânsito de Mercadoria da SEFAZ de fl. 13 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$73.157,15, conforme demonstrativos de fl. 3, com enquadramento na alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “a” da Lei n° 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 28/44 dos autos apresenta defesa através do seu Representante Legal devidamente constituído, conforme passo a relatar:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito inscrita no CNPJ sob no 06.147.451/0009-90, estabelecida na Rod BR 101, Distrito de Sergi, s/n, São Gonçalo dos Campos/BA, CEP 44.330-000, em que tradicionalmente atua no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal. Nesse contexto é que realiza inúmeros negócios jurídicos, dentre eles a comercialização.

Ocorre que, quando do trânsito das mercadorias para este Estado, foram apreendidas no Posto Fiscal Benito Gama - Termo de Apreensão n° 210765.1058/19-2 - sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária 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.

Ato contínuo, diz que foi lavrado o auto de infração em epígrafe para exigência de ICMS, no valor histórico de R\$73.157,15. De acordo com a d. Fiscalização, a empresa autuada incorreu em violação a artigos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, bem como Lei nº 7.014/96.

Diante desta suposta infração, entendeu por bem imputar a multa prevista na Lei nº 7.014/96, e suas alterações, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Entretanto, conforme se demonstrará adiante, diz que as exigências são totalmente insubstinentes, razão pela qual socorre-se da presente impugnação, visando o cancelamento do auto de infração.

I. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM VIRTUDE DE VÍCIO MATERIAL.

Registra que a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo.

Pontua que, com o respeito devido a D. Fiscalização, necessário se verificar 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.

Deste modo, diz que o auto de infração encerra em si flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o artigo 5º, inciso LV, da CF/88, que destaca. Em observância a esse preceito, registra que é imprescindível que estejam presentes todos os elementos para plena identificação da infração que suporta a lavratura do Auto de Infração para que possa associar os créditos cobrados aos supostos fatos que deram ensejo à exação, sempre com fundamento legal especificado.

No caso dos autos, diz que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender as previsões do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal neste Estado, aprovado pela Lei nº 7.629/99, especificamente o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, que destaca.

Sobre esse aspecto, traz aos autos entendimentos do Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior, extraído do Trabalho Acadêmico sobre Nulidades no Lançamento Tributário, que diz explicar muito bem a distinção entre víncio formal e víncio material, que destaca.

Assim, considerando, à luz do seu entendimento, que ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração, em tela.

Também, para reforçar seu entendimento, traz aos autos jurisprudência de tribunais administrativos, com o destaque das ementas do Processo nº 37034.001695/2003-11, Relator: Elias Sampaio Freire, 22ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Data da sessão: 25/10/2011), bem como do Processo nº 37318000835/2007-81, Relator: Rycardo Henrique de Magalhães de Oliveira, Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Data da sessão: 07/10/2008).

Em seguida, diz que, em que pese a nulidade que inquinha a existência e validade da autuação, prosseguirá, buscando demonstrar a improcedência da peça impositiva em relação ao mérito da infração que lhe fora imputada, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

II. DO MÉRITO.

Diz que, na remota hipótese deste Conselho de Fazenda não acatar a preliminar acima arguida, culminando no cancelamento da presente autuação, demonstrará que ainda assim não há como

prevalecer o auto de infração ora impugnado.

Pontua que, conforme já mencionado, é empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, tendo como objeto social:

- a) o comércio e distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes e domissanitários;
- b) a comercialização de roupas e acessórios de vestuário em geral, roupa de cama, mesa e banho, papel, livros, impressos de todos os tipos, material didático e de desenho, cadernos, jogos, fitas de vídeo, CDs, artigos e utensílios de uso pessoal, eletrônicos, utensílios domésticos, matéria plástica e têxtil em geral;
- c) exportação de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes, domissanitários, de vestuário em geral, roupa de cama, mesa e banho, móveis, materiais de construção e materiais elétricos;
- d) a participação em outras sociedades, empresárias ou simples, nacionais ou estrangeiras, como sócia, quotista ou acionista;
- e) fornecimento de carga para cartão presente (vale presente) por conta de terceiro;
- f) atividades de teleatendimento;
- g) comércio varejista de produtos de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes e domissanitários.

Neste contexto, diz que sempre cumpriu corretamente com suas obrigações tributárias, obedecendo ao Regulamento do ICMS e demais legislações aplicáveis neste Estado, onde foi surpreendida com a autuação e nesta oportunidade pretende demonstrar o equívoco cometido por parte do fisco baiano.

II.1 Da inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos.

Diz que, conforme exposto, trata-se de auto de infração, lavrado pelo Posto Fiscal Benito Gama, para exigência de ICMS e multa, por entender que houve *“falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (produtos de beleza) procedentes de outra unidade da Federação e destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA”*.

Consigna que a antecipação parcial do imposto não encerra a fase de tributação da mercadoria, na medida em que o tributo será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Registra que o Regulamento do ICMS deste Estado estabelece no § 2º de seu art. 332, que aos contribuintes regularmente inscritos no cadastro deste Estado, será permitido o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal.

Diz, então, que na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Observa que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não se revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, justamente porque o mesmo funciona como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo.

Com efeito, diz que o seu descredenciamento decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no sistema desta Sefaz/BA, os quais se encontravam com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria à cobrança dos mesmos.

Registra que ao Fisco é conferido uma gama de poderes para a persecução dos objetivos arrecadatórios, visando aumento das riquezas do Estado e a manutenção da máquina pública, em benefício do interesse comum.

Diz que estes poderes, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, como já afirmado anteriormente, já que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos (Recurso Especial nº 493.811-SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, julgado em 11 de novembro de 2003).

Após trazer outros entendimentos da possibilidade de o Poder Judiciário exercer determinado controle do ato administrativo discricionário do Estado, pontua que, a auto executoriedade dos atos administrativos se liga à sua função de promover o interesse público e zelar por sua preservação. Diz tratar, porém, do interesse público primário, isto é, do interesse da coletividade.

Destaca que, nada justifica, porém, a auto executoriedade da cobrança de tributos pelo Fisco ou a utilização de outros meios coativos com a mesma finalidade, cuja adoção direta é com o interesse patrimonial, pecuniário do ente público – o interesse público secundário - e não com o interesse público primário (BARROSO & BARCELOS, 2007, P.242).

Ante o exposto, considerando que este Fisco Estadual dispunha das ferramentas próprias a persecução do crédito tributário que sustava contra o contribuinte, não poderia ter sido omissa na utilização das mesmas, gerando cenário de insegurança jurídica à ora Impugnante, ocasionando o descredenciamento de sua inscrição estadual, bem como procedendo na apreensão de mercadorias em trânsito, com lavratura do Auto de Infração em epígrafe, cujo exercício do recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente foi impedido em razão da aplicação de sansão política.

II.2 Do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada

Diz que, sem prejuízo do inafastável direito que socorre a Impugnante, cumpre analisar, ainda, outros aspectos abusivos do presente Auto de Infração, em tela.

Observa que o presente lançamento fundamentou a multa aplicada ao disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, o qual estabelece a aplicação de multa no percentual de 60%, *in verbis*:

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

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

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação por contribuinte do regl.me normal de apuração, nas hipóteses regulamentares;

Pontua que a aplicação da multa na razão de 60% se mostra desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal no seu art. 150, IV, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Diz que o princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações poder de tributar. Traz entendimento do estudioso do direito Hugo de Brito Machado que destaca.

Após trazer aos autos outros entendimentos de estudiosos do direito, além de decisões de outros tribunais administrativos sobre autuações fiscais com entendimento de caráter confiscatório, diz que, em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, à previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Impugnante, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

III. DO PEDIDO.

Em vista do exposto, a empresa autuada protesta pelo defesa, requerendo lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, com a a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, bem como a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da CF/88, para o fim de:

- a) acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração nº 210765.0738/19-0, em tela, com cancelamento do lançamento;
- b) caso não seja acatada a preliminar de nulidade acima arguida, que, no mérito, seja julgada totalmente improcedente a autuação, como efetivamente o é dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando a multa em percentual confiscatório, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS/BA, por ser medida de direito e justiça!

Às fls. 87/91 têm-se a Informação Fiscal do agente Autuante, onde traz de forma resumida os termos da autuação, para em seguida assim posicionar:

Diz que, de fato, o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado e acompanhado de indispensável Termo de Apreensão de nº 2107651058192, quando do exercício Poder Administrativo de Polícia, durante fiscalização ostensiva de mercadoria no trânsito de no Posto Fiscal Benito Gama.

Registra que, durante a fiscalização fazendária constatou-se que o veículo de placa policial INW-601/PR transportava mercadorias (produto de beleza) acobertadas pelos DANFES nºs 210505 e 210509. Tais mercadorias, conforme se depreendeu dos referidos documentos fiscais procediam de outra unidade da Federação (Paraná) e estavam destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado da Bahia, no caso, a Impugnante.

Pontua que tudo devidamente registrado nos referidos atos administrativos que ainda trazem os dados do Contribuinte Autuado e da lavratura, a descrição dos fatos, os dados do transportador, as infrações e o termo de depósito, este último, no Termo de Apreensão.

Neste sentido, diz que, como se pode observar, não há qualquer vício de forma, já que não se contata omissão ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

Registra, também, que não há qualquer vício quanto a competência, o que não foi alegado, tendo em vista que o ato se inclui nas atribuições legais do agente que o praticou. Diz que não há vício quanto ao objeto do ato, o que também não foi alegado, já que não houve qualquer violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

Não há, por último, qualquer desvio de finalidade, o que também não foi alegado, já que praticou o ato previsto na regra de competência.

Diz, também, que não há, como pretende o Impugnante, qualquer vício quanto aos motivos do ato, já que a matéria de fato e de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente existente ou juridicamente adequada. Aduz que, em nenhum momento da peça impugnatória, o Impugnante nega o fato de estar descredenciado no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, fato, portanto incontrovertido.

Consigna que o Regulamento do ICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, em seu art. 332 impõe o recolhimento do ICMS antes da entrada da mercadoria neste Estado da Bahia nos seguintes termos:

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;

Diz vê-se ser incontrovertido que a Impugnante adquiriu mercadoria tributada de outra unidade da Federação, e, para tentar a improcedência da autuação, alega que, no mérito da peça defensiva,

inconstitucionalidade de ilegalidade da apreensão de mercadoria como sanção para recolhimento de tributos.

Registra que, aparentemente, tenta a Impugnante mudar os fatos, associando a apreensão das mercadorias a uma suposta sanção para recolhimento de tributo, mas, encontra barreira nos documentos acostados ao PAF.

Tanto o Termo de Apreensão, quanto o Auto de Infração foram lavrados no mesmo dia 04 de dezembro de 2019, em horários quase idênticos, valendo ressaltar, como se depreende da regra cogente supramencionada, que as mercadorias em situação irregular serão (imperativo) apreendidas pelo fisco mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Diz que a apreensão foi indispensável, no caso presente, para a lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em sanção para recolhimento de tributo.

Lembra acerca do dever do administrado de expor os fatos conforme a verdade; proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; e, colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Quanto ao suposto caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, destaca o art. 42, inc. II, “d”, da Lei 7.014/96.

Diz que o Impugnante se encontra em situação de descredenciamento por restrição de crédito em dívida ativa e que a regularidade fiscal das empresas é condição indispensável para seu funcionamento regular, inclusive porque o não pagamento de tributos confere grande vantagem competitiva no mercado as empresas inadimplentes, afetando, por óbvio o livre mercado.

Por tudo, não só contesta como refuta peremptoriamente toda a peça defensiva em todos seus termos para ao final requerer procedência total do Auto de Infração.

À fl. 93, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através dos demonstrativos de fls. 3, com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210505 (fl. 7/8) e 000210509 (fls. 9/10), e, no caso em tela, por ter sido uma ação fiscal no trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão de nº 2107651058192 (fls. 4/5), em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, e em conformidade com o que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Preliminarmente, o Contribuinte Autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, em tela, sob o argumento de 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, fato este que lhe causou cerceamento ao direito de defesa.

Não é o que observo dos autos, já que existe a regular qualificação do autuado, o local e a data da lavratura, a descrição dos fatos, e por ter sido uma ação fiscal no trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão de nº 2107651058192, com a devida caracterização da ocorrência fiscal e identificação da Empresa Transportadora, bem como a indicação da legislação infringida e da penalidade aplicada. Portanto, estando presentes estas formalidades, não há como se falar em cerceamento ao direito de defesa, razão pela qual afasto este pedido de nulidade.

No mérito, versa o presente lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$73.157,15 decorrente da ocorrência da falta de recolhimento do ICMS, referente à

antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, com enquadramento na alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe a alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, vigente à época dos fatos:

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: (Grifo acrescido)

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

O Auto de Infração resultou de uma ação de fiscalização no Trânsito de Mercadorias, realizada por agente Fiscal lotado na POSTO FISCAL BENITO GAMA, em que identificou o transporte de mercadorias para comercialização acobertados pelos DANFE's nºs 000210505 (fl. 7/8) e 000210509 (fls. 9/10), com data de emissão em 30/11/2019 e saída mesma data, por meio do Modal Rodoviário, acobertado pelo DACTE nº 41488 (fl. 11), procedentes de outra unidade da Federação e destinadas a Contribuinte neste Estado, com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida”, no caso em tela, o Contribuinte Autuado, CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A, na forma do documento de fl. 13 dos autos, conforme ocorrência fiscal descrita no Termo de Apreensão de nº 2107651058192 (fls. 4/5), lavrado em 04/12/2019 e a consequente lavratura do Auto de Infração nº 210765.0739/19-6, em lide, com apuração do débito na forma do demonstrativo de fl. 3 dos autos.

No caso em tela, em relação ao mérito não há lide, vez que as arguições de improcedência da autuação, pelo sujeito passivo, decorrem, eminentemente, de vícios por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada.

Sobre a arguição de vício por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, também, não é o que observo dos autos. O agente Fiscal Autuante no cumprimento do seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, no caso em tela, observando que o Contribuinte Autuado não cumpria um dos requisitos que autorizava o recolhimento do imposto (ICMS) por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao do Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (MDF-e) vinculado aos DANFE's nºs 000210505 e 000210509 oriundos do Estado do Paraná, objeto da autuação, mais especificamente o inciso II, do § 2º, do art. 332, do RICMS/BA, abaixo destacado, ou seja, identificando o registro de restrição de crédito por dívida ativa no CAD-ICMS/BA, constituiu o presente lançamento para exigir imposto (ICMS) por antecipação na entrada do primeiro posto fiscal deste Estado, o Posto Fiscal Benito Gama, dado o sujeito passivo não apresentar qualquer documento fiscal que comprovasse o seu recolhimento antes da entrada no território deste Estado na forma do art. 332, inciso III, alínea “b”, acima destacado.

§ 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, [...].

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.

Em relação a restrição do inc. II, do § 2º, do art. 332, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº

13.780/2012, acima destacado, não se vê dos autos qualquer documento acostado, pelo Autuado, demonstrando que não estava com restrição de crédito por dívida ativa no CAD-ICMS/BA, à época dos fatos geradores, ou qualquer medida judicial protetiva de suspensão da exigibilidade do crédito inscrito na dívida ativa do Estado da Bahia.

Quanto à irresignação do Autuado do caráter confiscatório e desproporcional da imposição multa aplicada, pela ocorrência imputada na autuação, diz respeito à multa aplicada de 60%, capitulada no dispositivo do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, que assim destaco:

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.”;

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida. Saliento, entretanto, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Sobre o Termo de Apreensão de nº 2107651058192 (fls. 4/5), lavrado em 04/12/2019, é um pré-requisito para constituição do crédito tributário no trânsito de mercadoria, através de Auto de Infração, como assim assertivamente procedeu a agente Fiscal, com a lavratura do auto de nº 210765.0739/19-6, em lide, e não foi emitido com o intuito de persuadir o Autuado no pagamento do tributo, mas tão somente atender o RPAF/ BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Cabe destacar, então, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 e 42, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o agente Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Em sendo assim, consoante o que se observa da acusação, estando devidamente capitulada a acusação fiscal na legislação pertinente, sendo o imposto (ICMS) antecipação, a multa e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através do demonstrativo de fl. 3, em perfeita sintonia com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210505 (fl. 7/8) e 000210509 (fls. 9/10), concluso pela subsistência da exigência fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.0738/19-0**, lavrado contra **CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.157,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7.014/96, com a redação atual dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA