

PROCESSO - N. F. Nº 212995.0014/17-1
NOTIFICADO - PLENA INDÚSTRIA DE FRALDAS
EMITENTE - CARLOS ALBERTO SAMPAIO FERRARI
ORIGEM - IFMT-NORTE – POSTO FISCAL FRANCISCO HEREDA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/20

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0182-02/20NF-VD

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária contemplada no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94. O remetente das mercadorias destinadas a contribuintes localizados na Bahia, deve recolher o imposto retido antes da entrada das mercadorias no território baiano conforme art. 332, §8º do RICMS/2012. Os valores recolhidos devem ser homologados. Reenquadramento da multa em virtude da vigência da Lei nº 14.183/2019 a partir de 13/12/2019. Negado o pedido de redução da multa. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias foi lavrada em 31/10/2017, e exige ICMS no valor de R\$7.476,50, acrescido da multa de 150%, pelo cometimento da infração – **55.15.01** – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Consta no campo Descrição dos fatos, a informação do agente fiscal: “*Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária retidas nos DANFE’s anexos, sem DAE e/ou GNRE recolhidos. DANFE’s nº 001.623; 001.613 e 001.748*”.

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusula quarta do Convênio ICMS 76/94.

Multa tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A notificada, através de seus advogados, apresentou impugnação, fl. 21 a 30, onde inicialmente firma ser tempestiva a defesa e declarou que tem por objetivo social o comércio atacadista de produtos de higiene pessoal, além da fabricação de fraldas descartáveis, portanto, suas atividades estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

Se mostra surpreendida com a lavratura na Notificação Fiscal, pois, diz sempre cumprir com suas obrigações tributárias, exigindo o imposto no montante de R\$7.476,50 referente as operações acobertadas pelos DANFES nº 001.623; 001.613 e 001.748, emitidos a tempo e de modo previsto na legislação.

Relata que ao chegar no Posto Fiscal, fora informado pela autoridade fiscal que a liberação das mercadorias somente ocorreria com o pagamento do tributo, tendo nessa oportunidade demonstrado o recolhimento tempestivo do imposto, conforme comprovantes – Doc. 04.

Relata que apesar da comprovação do pagamento, o agente fiscal arguiu a necessidade do pagamento da multa de 150% prevista na Lei nº 7.014/96.

Continuando o relato, pontua que a Notificação Fiscal foi lavrada por violação ao art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c a Cláusula quarta do Convênio ICMS 76/94, copiados.

Ressalta que a notificação, ora impugnada, não tem qualquer cabimento, pois exige o tributo tempestivamente recolhido, conforme comprovantes, aplicando uma multa que além de indevida,

fere as disposições constitucionais.

Expõe que em 24/10/2017, efetuou a venda de suas mercadorias para as empresas PRAINA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS EIRELI – EPP, ULTRA MEDICAL COMERCIO DE MATERIAIS HOSPITALARES EIRELI – EPP e LIMP-AKI DISTRIBUIDORA LTDA. – EPP, estabelecidas na Bahia, e assim, emitiu as notas fiscais, DANFES nº 001.623; 001.613 e 001.748 – Doc. 03.

Admite que as operações estão sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo aplicada o disposto na Cláusula quarta do Convênio ICMS 76/94, que reproduz. Ato contínuo, emitiu as Guias Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, promovendo tempestivamente o pagamento do imposto como atestam os comprovantes – Doc. 04.

Ressalta que a operação ocorreu em 24/10/2017, quando reteve o valor devido, efetuou o recolhimento em 31/10/2017, antes do vencimento previsto na legislação, qual seja 09/11/2017 e antes de entrar com as mercadorias no Estado da Bahia.

Conta que ainda assim, fora surpreendida com a Notificação Fiscal, porém, como demonstram os fatos, não há que se falar em pagamento extemporâneo do tributo, sendo assim, completamente descabido o presente lançamento.

Conclui que resta provado o adimplemento tempestivo do débito cobrado na presente Notificação Fiscal, sendo, portanto, necessária à sua anulação.

Argui que na remota hipótese de ter havido o pagamento extemporâneo da exação, o que cogita apenas a título de argumentação, a penalidade aplicada demonstra seu caráter nitidamente confiscatório e flagrante desproporcionalidade, tratando-se de autuação explicitamente abusiva e inconstitucional, uma vez que o valor da multa é muito acima do imposto devido.

Para sustentar seus argumentos, transcreve ementas de diversos julgados em Tribunais Superiores como do STJ e STF e ainda do Tribunal de Justiça da Bahia, que segundo afirma, vem entendendo como razoável a aplicação do percentual de 50% sobre o imposto devido, na hipótese de considerar o valor cobrado como multa punitiva.

Transcreve o art. 150, inc. IV da Constituição Federal que veda aos Entes Federativos exigir tributos com efeito confiscatório, princípio de que a jurisprudência já pacificou o entendimento no sentido de que o comando constitucional se aplica também as multas.

Defende que no caso em discussão não pode-se imputar, ao contribuinte, multa superior a 20%.

Requer que sejam acolhidas na íntegra suas razões de defesa determinando a extinção da exigência e que seja reduzida a multa ao patamar de 20% do imposto devido.

Por derradeiro pede que as futuras intimações, notificações e publicações expedidas sejam necessariamente realizadas em nome do seu patrono que indica, no endereço também especificado da defesa.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente notificação fiscal sobre uma infração imputada ao sujeito passivo, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, estabelecido no Estado de Pernambuco, por ter promovido vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem o pagamento do ICMS-ST antecipadamente, tempestivamente impugnada.

Verifico que o lançamento contém o nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo; o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos; a indicação dos dispositivos da legislação infringidos; a intimação e o prazo para apresentação de impugnação pelo contribuinte, de forma que atende ao que prevê o art. 51 do RPAF/99.

Constam apensos aos autos as cópias dos DANFES números 001.648, 001.613 e 001.623 emitidos em 25, 23 e 24 de outubro de 2017, fls. 03 a 05, Memória de Cálculo, fl. 07, comprovantes de recolhimentos de ICMS através de GNRE nos valores de R\$4.528,31, R\$2.037,81 e R\$910,38, fls. 09 a 11.

A exigência consubstanciada na presente Notificação Fiscal, refere-se ao ICMS Antecipação Tributária, devido nas operações acobertadas pelas notas fiscais de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária: NCM 9619.00.00 – ABSORVENTES HIGIÊNICOS EXTERNOS, item 9.24; NCM 9619.00.00 – FRALDA, item 9.22, ambos constantes no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente na data da ocorrência dos fatos.

As mercadorias foram remetidas para contribuintes localizados no Estado da Bahia através das notas fiscais citadas linhas acima, tendo o remetente, ora notificado, procedido ao cálculo e retenção do ICMS-ST, cuja responsabilidade resta evidente conforme Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, *in verbis*.

Cláusula primeira Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado – NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário. (Grifei.)

Tais regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94, se aplicam integralmente às empresas localizadas Pernambuco, nas vendas interestaduais dos produtos relacionados no Anexo Único ao convênio, que no caso em lide, estão enquadrados no regime de substituição tributária, conseqüentemente o pagamento do ICMS é devido pelo remetente, relativo às operações subsequentes.

A Lei nº 7.014/96 trata da matéria no art. 8º, §4º, inc. I, alínea “a”.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados. (...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei: (...)

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembaraço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

Ao analisar os fatos, destaco que a ação fiscal ocorreu, na fiscalização do trânsito das mercadorias, no Posto Fiscal Francisco Hereda, município de Rio Real-BA, fronteira da Bahia com o Estado de Sergipe, primeira repartição fiscal baiana, em 31/10/2017, tendo sido formalizada a Notificação Fiscal no sistema de registro da SEFAZ às 14h07min.

A defesa argumenta ser descabida a exação, em razão de tempestivamente ter procedido ao recolhimento do ICMS-ST destacado nas notas fiscais, “antes mesmo do vencimento previsto na legislação de regência, qual seja, 09/11/2017 e antes de entrar com a mercadoria no Estado da Bahia”.

Contudo, as ocorrências não comprovam a veracidade das afirmações da defesa, senão vejamos.

Apesar de efetivamente ter procedido ao recolhimento do ICMS-ST, através de GNRE, retido nas três notas fiscais arroladas na Notificação Fiscal, comprovantes às fls. 38 a 40, o pagamento na rede bancária ocorreu no mesmo dia da lavratura às 16h:24min:02s através do canal INTERNET BANKING, porém, após o registro da Notificação Fiscal que ocorreu às 14h:07min.

Quanto ao prazo e formas de recolhimento do ICMS, a Lei nº 7.014/96, determina no seu art. 32.

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.

Por sua vez, o RICMS/2012, aborda a matéria no art. 332, especificamente quanto ao recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia, por contribuinte localizado em outra unidade da federação:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)

XIV - no tocante ao imposto retido, devido a este estado por contribuinte localizado em outra unidade da federação e inscrito no cadastro na condição de substituto, no prazo previsto no convênio ou protocolo, sendo que, se não for previsto prazo de recolhimento, o tributo será recolhido até o dia 9 do mês subsequente ao da operação;

§ 8º Na hipótese prevista no inciso XIV, quando o sujeito passivo por substituição não estiver inscrito no cadastro de contribuinte deste estado, o recolhimento deverá ser efetuado antes da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio da GNRE, emitindo guia distinta para cada um dos destinatários, constando no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria; (Grifei)

No caso, ora analisado, se aplica o que dispõe o §8º, por se tratar o remetente, notificado, de contribuinte não inscrito no Cadastro Estadual.

Portanto, agiu corretamente a Fiscalização quando identificando o ingresso das mercadorias no primeiro posto fiscal baiano, sem o pagamento do ICMS-ST devido, cobrou o seu recolhimento que deveria ter sido efetuado antecipadamente.

Todavia, saliento que tendo o contribuinte efetuado parte do pagamento do imposto ora exigido, mesmo posterior a ação fiscal, este valor deve ser homologado, cobrando-se da notificada a diferença do imposto devido, além da multa e demais acréscimos legais, seguindo o entendimento externado no Acórdão CJF nº 0343-12/19, que manteve a decisão de primeira instância no julgamento de caso onde ocorreu o pagamento de parte do débito, antes da impugnação, semelhante ao presente, cujo trecho do voto, transcrevo.

“Em consulta à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança – DARC desta SEFAZ/BA, o Sr. Presidente obteve a informação de que os valores recolhidos por meio do DAE de fl. 28 e concernentes ao ICMS-Antecipação das Notas Fiscais nos (...) e (...) podem ser desmembrados e computados ao recolhimento deste Auto de Infração. Trata-se, evidentemente, de medida mais justa e equânime do que buscar o pagamento do crédito tributário integral, e a restituição do valor pago indevidamente”.

Relativamente ao pedido de redução da multa, por considerá-la de caráter confiscatório e, portanto, ferindo os princípios constitucionais, lembro que os órgãos de julgamento administrativo estão impedidos de apreciar matérias constitucionais a teor o art. 167, inc. I do RPAF/99 e estando a mesma prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não pode os citados órgãos negar sua aplicação, conforme o inciso III do citado artigo.

Quanto ao pedido de redução da multa, também tal prerrogativa não consta nas competências dos órgãos de julgamento administrativo tendo em vista que o art. 158 do citado RPAF foi revogado pelo Decreto nº 19.384/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020, assim como o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que permitia a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias pelo órgão julgador administrativo, revogado pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Registro que a multa sugerida pela autoridade administrativa prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, previa o percentual de 150%, teve sua redação modificada pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019, estabelecendo o percentual de 100%.

Assim sendo, em observância ao que dispõe o art. 106, inc. II, alínea “c” do CTN, a lei atual deve retroagir, devendo a multa a ser aplicada no percentual de 100%.

Quanto ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço do advogado indicado, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. Entretanto, lembro que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **212995.0014/17-1**, lavrada contra **PLENA INDÚSTRIA DE FRALDAS**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.476,50**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Solicito também envio do PAF à DARC para que seja efetuada a segregação dos valores, conforme fundamentação, tendo por base os DAEs, fls. 38 a 43, e consequentemente proceder a homologação dos valores recolhidos conforme constatado pela DARC.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR