

N. F. N° - 209246.0021/20-9
NOTIFICADO - DISTRIBUIDORA GAMA LTDA
NOTIFICANTE - MARLUCE SOUZA ROCHA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.11.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0335-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. FALTA DE REGIME ESPECIAL REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Contribuinte comprovou ser celebrante do Termo de Acordo de Atacadistas. Base de cálculo do ICMS reduzida em 41,176%. Conforme Decreto 7.799/00. Valor da autuação reduzido. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 09/02/2020, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 22.244,75, e multa de 60% no valor de R\$ 13.346,85 perfazendo um total de R\$ 35.591,60, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de produtos de outros Estados da Federação e destinado à contribuinte baiano sem regime especial.

Infração 01 – 54.05.08 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.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c art.12-A; inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

O Notificado ingressa através do seu representante com defesa e anexos, fls. 30 a 98, onde inicia a justificação relatando os fatos que ocasionaram o lançamento fiscal do presente processo com os dispositivos legais que consubstanciou a sua lavratura, onde questiona a cobrança da integralidade do crédito tributário quando a Impugnante goza de benefícios fiscais concedidos por esta Secretaria de Estado da Fazenda, embora o Auto de Infração esteja alicerçado em dispositivos gerais que versam sobre antecipação de ICMS, o fiscal deixou de aplicar o redutor da base de cálculo previstos no Regime Especial concedido.

Em caráter preliminar, o sujeito passivo suscita a nulidade parcial do AI, a conta de existir vício material no Auto de Infração, vez que à Impugnante foram deferidos os benefícios tributários descritos no Decreto n. 7.799/00 em 15/05/2019, com validade até 31/12/2022. Conforme estabelece no Decreto n. 7.799/00 deveria ter sido aplicado o redutor de 41,176% na base de cálculo para se achar o ICMS a recolher, o que não foi feito no momento da lavratura do AI.

Conclui então, que o Auto de Infração deve ser parcialmente cancelado, via de regra o crédito tributário e demais exações, tendo em vista que a base de cálculo utilizada pela Fiscalização está totalmente equivocada. Na remota hipótese de ser mantido o Auto de Infração, há de ser recalculado o crédito com espede na correta base de cálculo.

Diz que a impugnante, assim como no presente Auto de Infração, sofreu outras duas autuações sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS na antecipação que também foram lavradas de forma errônea, os Autos de Infração 2173630074/20-0 e 4414520057/20-9. No primeiro caso a fiscalização reconheceu que o crédito tributário não havia sido calculado em observância ao

Termo de Acordo e cancelou a autuação fiscal, no segundo caso a fiscalização refez os cálculos e enviou a notificação devidamente retificada, todavia o mesmo procedimento não foi adotado em relação ao AI ora combatido, a fiscalização recusou-se a corrigir a autuação aplicando os redutores do Termo de Acordo.

Considera que esta situação viola o que está estabelecido nos artigos 37 e 150, inciso IV da Constituição Federal, no momento em que o fisco cobra a integralidade do crédito tributário sem aplicar o redutor da base de cálculo que o Impugnante tem direito, ressaltando que o ato administrativo praticado sem a observância dessas regras é nulo.

Informa que, sendo o cerne da controvérsia a aplicação do redutor da base de cálculo na antecipação do ICMS, a Impugnante em ato de boa-fé refez os cálculos com o redutor da base de cálculo a que tem direito, encontrando um débito total relativo a Antecipação de R\$ 8.787,24 sendo que reconhece R\$ 7.452,55 do principal e R\$ 1.334,69 relativos a juros e multa, que foram recolhidos conforme comprovante de pagamento em anexo (Doc. 11).

Da ilegalidade das multas aplicadas.

Diz que a fiscalização imputa à Impugnante o não recolhimento da antecipação do ICMS utilizando de base cálculo equivocada, bem como multa de 60%, todavia o relatório fiscal não consegue tipificar uma única conduta dolosa da Impugnante, ficou evidente que o Auto de Infração apresenta falhas gritantes, haja vista que calculado com espeque em base de cálculo equivocada e, certamente, será, ao final, afastada por este ilustre colegiado.

Desta forma, solicita a Impugnante a este Egrégio Conselho Julgador, tal qual se verifica em tantos outros órgãos administrativos, o cancelamento das penalidades, conforme emanado em outros julgamentos. (faz referência a diversos julgamentos correlatos ao cancelamento das penalidades e redução das multas).

Ressalta que a arbitrariedade do legislador, na criação das multas, como as sofridas pela Impugnante, fixadas em 60% sobre o valor do crédito tributário podem se caracterizar em excesso de poder, quando ultrapassam a margem de conveniência e oportunidade, de tal modo que constanja ou inviabilize o fluxo regular das garantias e dos direitos individuais e coletivos.

Diz que o princípio da razoabilidade, embora seja um princípio implícito, é de tamanha importância, que proíbe o arbítrio e o excesso legislativo, garantindo a observância das demais normas e princípios constitucionais, impondo, positivamente, uma justa medida na elaboração das leis, a inobservância deste cânone constitucional, como ficou demonstrada, implica na inconstitucionalidade do dispositivo censurado.

Relata outros fatos que merecem destaque, a utilização de juros moratórios de 1%, que revelam – se excessivos, em muito superior ao percentual da Taxa Selic, e a incidência dos juros sobre as multas, já existindo jurisprudência sobre a ilegalidade desta cobrança. (Cita algumas decisões judiciais).

Diante do exposto requer-se:

- a) Seja recebida e julgada procedente a presente impugnação, para se declarar improcedência do lançamento fiscal representado no Auto de Infração pela nulidade decorrente do uso da base cálculo incorreta, decotado os valores que foram reconhecidos e recolhidos pela Autuada.
- b) Ultrapassadas as preliminares, no mérito, requer *i*) seja cancelado o Auto de Infração nos termos da fundamentação supra que retrata a violação aos princípios constitucionais tributários; *ii*) seja recalculado o auto de infração e canceladas as multas demais exações; *iii*) na remota hipótese desta câmara julgadora entender cabível a multa, que seja ao menos reduzida.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES como estão descritos no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Falta de Antecipação Tributária do ICMS das mercadorias constantes nos DANFES n°s 1374883, 1374884, 1374885, 1374886, 1374887 emitidos em 29/01/2020, procedentes de Outra Unidade da Federação (RJ) por contribuinte DESCREDENCIADO neste Estado.”

A cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, nas transações interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, foi estabelecido pelo art.12-A da Lei 7.014/96.

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.

Nota: O art. 12-A foi acrescentado pela Lei n° 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03,

O Estado da Bahia regulamentou, através do art. 332, inciso III do RICMS/BA que o ICMS referente a Antecipação Parcial deve ser recolhido antes da entrada das mercadorias, no território deste Estado, estabelecendo algumas condições, para permitir que o Contribuinte regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ e sem nenhuma restrição, recolha o ICMS da Antecipação Parcial no dia 25 do mês seguinte da entrada da mercadoria na empresa. Estas condições estão regulamentadas no RICMS/BA, art. 332, §2°.

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 §§ 2° e 3° deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

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

§ 2° 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.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Verifico que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito tratam da falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial, na entrada do Estado da Bahia sobre mercadorias destinadas a Contribuinte DESCREDENCIADO. Observo que todos os elementos

necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recai.

Na análise da documentação anexa ao processo, verifico que em uma consulta no cadastro da SEFAZ realizado pelo Notificante (fl.02), a Notificada está com sua situação cadastral na condição de DESCRENCIADO, motivada pela restrição de crédito – Dívida Ativa, justamente uma das condições estabelecida no art. 332, § 2º, II, do RICMS/BA.

A Notificada em sua peça defensiva questiona a cobrança da integralidade do crédito tributário quando a Impugnante goza de benefícios fiscais concedidos por esta Secretaria de Estado da Fazenda, embora o Auto de Infração esteja alicerçado em dispositivos gerais que versam sobre antecipação de ICMS, o fiscal deixou de aplicar o redutor da base de cálculo previstos no Regime Especial concedido e por isso solicita o cancelamento da Notificação Fiscal em questão.

Diz ser celebrante do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00 que lhe permite utilizar o benefício da redução da base de cálculo em 41,176%, conforme estabelecido no artigo 1º do referido Termo de Acordo, e que o Agente Fiscal não respeitou esse benefício concedido pelo Estado da Bahia no momento da lavratura da Notificação Fiscal cobrando integralmente o ICMS da Antecipação Parcial.

Informa também, que em uma demonstração de boa-fé, recalculou o ICMS correto e efetuou o pagamento do imposto devido.

Em consulta ao INC –Informações do Contribuinte – Pasta Processos Tributários (fl.103) verificamos que no cadastro do contribuinte consta o Processo nº 32953220187, cadastrado em 10/09/2018, com o Parecer nº 9647/2019 com a data da ciência em 24/04/2019, com a seguinte ementa:

“Prorrogação de Termo de Acordo Decreto 7799/00 – art.3º-D, Redução na base de cálculo nas saídas internas e crédito presumido nas saídas interestaduais de comércio atacadista de medicamentos – PELO DEFERIMENTO”

Desta forma, entendo que para calcular o ICMS da Antecipação Parcial nas transações interestaduais da Impugnante, deve-se aplicar o que está estabelecido no Decreto nº 7799/00 no seu artigo 1º, devendo então serem refeitos os cálculos para a cobrança do ICMS da Antecipação Parcial.

Decreto nº 7.799/00

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas nos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda no mínimo, em cada período de apuração do imposto, nos seguintes percentuais de faturamento:

Cálculo do ICMS dos DANFES 401927, 401928 e 401929

VI. B.C.	Red.	B. C. Red.	ICMS (20%)	Crédito7%	Saldo a pagar
157.156,41	41,176%	92.445,68	18.489,13.	11.000,95	7.488, 18

Desta forma com a aplicação do redutor estabelecido no Termo de Acordo fica apurado o ICMS da Antecipação Parcial no valor de R\$ 7.488,18, mais o valor correspondente a multa de 60% fixada em R\$ 4.492,91, perfazendo um total exigível no valor de R\$ 11.981,09, em obediência a fundamentação exposta.

O Notificado argumenta que a multa aplicada, equivalente a 60%, é exorbitante, solicitando sua redução, haja vista não ter ocorrido intuito de fraude e por entender que a mesma viola o princípio do não confisco.

Frente ao argumento de que a multa teria natureza confiscatória e que deveria ser reduzida pelo órgão julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como “exorbitante”, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar nº 87/96, nos arts. 40 a 46, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

Registre-se que o preposto fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade senão da lei.

Em suma, entendo que a multa foi aplicada corretamente, conforme previsão legal, não cabendo acolhimento a solicitação de sua redução.

Vistos e analisados os elementos que compõe os autos, e à vista da consistência dos fatos, resolvo DEFERIR EM PARTE o quanto requer a defesa, e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a Notificação Fiscal em demanda, na forma da alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec.13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art.23; art. 32 e art.40 da Lei 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **209246.0021/20-9**, lavrada contra **DISTRIBUIDORA GAMA LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.488,18**, 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, 22 de outubro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR