

N.F. N° - 281317.0048/17-2

NOTIFICADO - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - ME

NOTIFICANTE - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA

ORIGEM - INFRAZ VAREJO

PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/07/2021

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-02/21NF-VD

EMENTA: ICMS. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO. O autuado não elidiu a acusação fiscal na forma prevista pelo art. 123 do RAPAF, e provas autuadas garantem a subsistência da Infração. Pedido de redução de multa prejudicado por falta de previsão legal. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrada em 28/12/2017, a presente Notificação Fiscal exige crédito tributário de R\$ 4.281,47, relativo a multa pela constatação da:

INFRAÇÃO 01 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de agosto a dezembro 2016 e janeiro a abril 2017. Multa no valor de R\$4.281,47, correspondente ao percentual de 60%, prevista, no art. 42, II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Devidamente representada, a autuada impugna o lançamento às fls. 21 a 30. Relatando os fatos diz que a além de sua atividade não ensejar pagamento de ICMS por antecipação parcial é empresa credenciada no CAD-ICMS.

No mérito, destaca que a entrada das mercadorias no território baiano ocorreu em caso típico de industrialização realizada pela Autuada em conjunto com sua filial do Espírito Santo, não havendo incidência de ICMS, já que fora das suas hipóteses.

Diz ter por atividade principal e exclusiva a “confecção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida”. Portanto, atividade de indústria, pois a Autuada compra insumos (tecidos e aviamentos) para remeter a estabelecimento filial no Espírito Santo, unidade industrial que retorna o produto industrializado para o estabelecimento autuado na Bahia que faz o arremate (limpeza das peças), controle de qualidade, fixa etiqueta, especifica e embala, atividade também de industrialização, na condição de beneficiamento, sem incidência de ICMS por antecipação, pois tal imposto incide sobre circulação de mercadorias destinadas ao comércio, o que não é o caso, alega.

Nesse sentido, o reproduzindo, diz ser a situação prevista no art. 2º do RICMS-BA, razão pela qual a Notificação Fiscal deve ser julgada improcedente, a exemplo de decisões da 5^a e 2º JJF (Acórdãos JJF N° 0092-05/15 E JJF N° 0039-02/159), cujas ementas reproduz e pugna, desta feita, que a Notificação seja anulada sob pena de ferir o princípio da isonomia tributária como se manifestou o TJ-BA na Apelação Cível 33445-5/2005.

Aduz que ainda que se argumente que por uma interpretação extensiva a atividade da Autuada fuja ao descrito, essa interpretação restaria vedada com fundamento no art. 150, I da CF/88 c/c arts. 9º, I e 97, I e III do CTN, tendo em vista a tipicidade cerrada da obrigação tributária, de modo que caso o julgador entenda que a atividade da Autuada não seja industrialização, também não pode haver cobrança de ICMS nos moldes efetuados, face à condição de ser contribuinte credenciado

para recolhimento do ICMS de forma diferida nos moldes indicados no RICMS-BA, não havendo que cobrar o ICMS de forma antecipada, quando da entrada da mercadoria na Bahia.

Afirma que “na medida em que este Impugnante mantém outro estabelecimento comercial no Estado do Espírito Santo – ES, devidamente constituído como filial, com o mesmo objeto social da matriz, utiliza-se de benefício fiscal obtido junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme parecer ratificado pelo Diretor da DAT (Doc. 04)” e que tal benefício é o previsto no art. 332, § 2º do RICMS-BA (reproduzido), qual seja, “CREDENCIAMENTO NO CAD-ICMS” a possibilitar o recolhimento diferido do ICMS sobre as mercadorias provenientes de outra UF, enquadrado com substituição tributária por antecipação e que tal condição resta declarada nos autos do Mandado de Segurança 0543395-74.2017.8, em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública, com decisão liminar para manutenção da condição de credenciada no CAD-ICMS, com o que entende ser ilegal a Notificação Fiscal, já que o recolhimento do ICMS se dará de forma diferida, não havendo motivo para aplicação de multa.

Quanto à multa, por ser acessória ao principal, este não existindo, alega não poder prosperar. Ademais, destaca que a suposta falta de antecipação parcial do ICMS já foi objeto de lançamento tributário, onde se incluiu os valores relativos a multa decorrente da infração não podendo, pois, haver nova aplicação de mesma multa.

Por conseguinte, “em atenção aos princípios da concentração da defesa e da eventualidade”, impugna o elevado valor da multa de infração que compõe o cálculo atualizado do débito em tela.

Seguindo, diz que ainda que o CTN não estabeleça limites para aplicação de multa, reproduzindo o art. 5º, LVI e 150 da CF/88, diz que a proposta configura o seu caráter confiscatório e abusivo, razão pela qual requer seja reduzida para, no máximo, 2%.

Concluindo, pugna pela improcedência da Notificação Fiscal e, subsidiariamente, caso se entenda por julgar procedente, que a penalidade seja reduzida a 2%.

O Autuante presta informação fiscal fls. 62-63.

Explica que seu papel, enquanto auditor, é efetuar os cálculos do ICMS devido pelo contribuinte, fazendo os levantamentos, as auditorias, com base nos documentos que lhe são destinados, nos documentos emitidos e nas escriturações fiscais apresentadas pelo contribuinte através do Sistema Público de Escrituração Digital, o SPED.

Esclarece que com base nesses documentos e escriturações, efetuou os roteiros processando os dados relativos ao contribuinte.

Afirma que efetuou a análise dos argumentos, revisou os levantamentos e constatou o acerto do presente lançamento, o que o leva a manter todos os termos da notificação fiscal.

Sustenta que a notificada descreve os fatos concernentes à lavratura da notificação fiscal, alegando que “as imputações efetivadas na presente notificação são totalmente destoantes das disposições legislativas que regem a matéria da multa”, mas discorda dessa assertiva, pois o enquadramento legal está baseado na lei 7.014/96, especificamente, art. 12-A, reproduzido, assim como a multa tipificada no art. 42, II, “d” da lei citada.

Sobre o argumento defensivo que nas questões de mérito a autuada “é credenciada para recolhimento do ICMS de forma diferida”, diz não ser verdade, e não tem relação com o objeto da notificação, até porque, não há diferimento do pagamento de imposto no caso da antecipação parcial, mas mera liberalidade do Estado permitindo o pagamento da obrigação tributária até data especificada na lei, a exemplo da apuração normal do ICMS, que tem seu recolhimento fixado no dia 09 do mês subsequente.

Remata que a exação se refere a multa por descumprimento de obrigação principal, e o fato gerador da multa é o não recolhimento tempestivo da obrigação tributária como disposto no texto legal. Ou seja, quando não há o tempestivo recolhimento da obrigação tributária, ocorre a

incidência da multa pelo descumprimento da obrigação principal, de modo que não procede os argumentos defensivos.

Entende que a única forma que a notificada teria para elidir a aplicação da multa, seria a apresentação de prova dos pagamentos tempestivos da obrigação tributária, o que não fez.

Concluindo, mantém a exação contida no lançamento.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, constato que o PAF está assente com o RICMS/2012, e com o RPAF-BA/99, pois a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com o direito aplicável, não há falta de motivação, pois foram indicadas as razões que ensejaram o ato, assim como as normas jurídicas que autorizaram a sua prática.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 16 e 17, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia da Notificação Fiscal e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo da Notificação foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura da Notificação Fiscal foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 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 tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 03-15); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Indo ao mérito do caso, de logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido, e sendo o caso, na imposição de penalidade ou sua graduação (§§ 2º e 3º, do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS homologada pela SEFAZ, criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA, com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório no demonstrativo “Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida Lista de notas fiscais/itens” (fls. 04-13), em cujas planilhas se identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, CNPJ emitente, UF, Num e Cod item, NCM, descrição da mercadoria, CFOP, vlor item, BC ICMS, alíquota, ICMS deb. Crédito Fiscal ICMS a antecipar.

A alegação defensiva é que: **a)** a Notificada tem por atividade exclusiva a “confecção de peças de vestuário, exceto roupas íntima e as confeccionadas sob medida”; **b)** as operações objeto da exação são retornos peças industrializadas em estabelecimento filial sediado no Espírito Santo e relativas a tecidos e aviamentos anteriormente enviados pelo estabelecimento autuado; **c)** os

retornos nas operações objeto da autuação se constituem de produtos inacabados que no estabelecimento autuado são complementarmente arrematados; **e**) portanto, operações sem incidência de ICMS; **f**) caso se entenda as operações como tributáveis, o sujeito passivo é credenciado (inclusive por medida judicial) para o recolhimento do imposto de forma diferida; **g**) a suposta falta de recolhimento de recolhimento de ICMS por antecipação parcial foi objeto de outro lançamento tributário, onde se incluiu os valores da multa decorrente da infração, não se podendo ela ser objeto de novo lançamento; **h**) tendo caráter acessório ao principal, sendo este inexistente, não há multa a cobrar, e; **i**) por ser confiscatória, em sendo mantida, a multa deve ser reduzida a 2%.

Pois bem. Analisando os autos, constato que: **a**) Negando verdade à alegada atividade industrial, e em caráter “exclusivo” do estabelecimento notificado, está a atividade principal informada pelo próprio sujeito passivo em seu cadastro na SEFAZ: 4781400 – Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios (fls. 15), bem como sua localização em Shopping Center de estabelecimentos varejistas; **b**) Negando a alegação de que as operações autuadas se referem a retornos de peças ainda que inacabadas de outro seu estabelecimento industrial situado no Espírito Santo está no demonstrativo suporte da infração contendo indicação não contestada de operações procedentes de diversos pessoas jurídicas situadas em diversas UFs, mais precisamente, RS, SC, SP e MG (fls. 04-10). Portanto, impertinentes ao caso se denunciam as alegações defensivas pontuadas nas letras “a”, “b”, “c” e “d”, retro expostas.

Então, sendo o Notificado estabelecimento varejista adquirente de mercadorias fora da Bahia para revenda neste Estado, sujeita-se à antecipação parcial e, com meus grifos, ao caso interessa a seguinte normativa:

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.

RICMS/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.

O recolhimento do imposto deverá ser efetuado através de Documento de Arrecadação Estadual – DAE, conforme art. 330, inc. I do RICMS-BA, onde obrigatoriamente deverá ser preenchido todos os campos, inclusive o campo destinado a identificar a que período e a quais operações se refere o recolhimento efetuado. Portanto, para as ocorrências de cada mês, o contribuinte ao recolher o

ICMS – antecipação parcial, além de indicar a quais notas fiscais se referem o imposto, obrigatoriamente deve indicar a qual período correspondente.

A multa pelo não recolhimento do imposto devido por antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96, no art. 42, inc. II, alínea “d”, estipulando o percentual de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

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;”;

Portanto, ao contrário do que alega o Impugnante, essa penalidade tem natureza jurídica independente da obrigação principal, pois ainda que esta seja cumprida de modo extemporâneo, a penalidade aqui discutida há que ser aplicada, pois destinada a sancionar exatamente o intempestivo cumprimento da obrigação tributária principal.

Ora, o levantamento efetuado pelo autuante relacionou todos os documentos fiscais, por período de emissão dos mesmos, com a identificação do número, chave de acesso, emitente, valor das mercadorias, imposto destacado e demais dados que permitiram calcular com precisão o valor a ser recolhido em cada período referente ao ICMS devido por antecipação parcial.

No citado levantamento, o autuante compensou os valores recolhidos, nos respectivos períodos indicados nos DAEs (demonstrativo de fl. 03).

Para este ponto e neste caso, o Impugnante alegou que o valor do ICMS por antecipação parcial não recolhido foi objeto de outro lançamento tributário com a pertinente multa e, portanto, não poderia ser sujeito a nova multa, teoricamente de mesmo valor, suponho.

Contudo, tendo o ônus de provar o alegado na forma prevista pelos arts. 123 e 141 do RPAF, o Impugnante não aportou o necessário e indispensável elemento documental para provar sua afirmativa:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

...

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

No que diz respeito à medida liminar datada de 01/08/2017 aportada pelo Impugnante, considerando que: **a)** seu dispositivo se resume a somente suspender os efeitos do ato de descredenciamento, determinando à autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, que até ulterior deliberação do juízo prolator, mantenha a inscrição da Impetrante no CAD-ICMS, o que as autoridades impetradas atenderam; **b)** independentemente do direito de cumprir a obrigação tributária principal devida pelas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, se antes da entrada da mercadoria no território baiano ou no dia 25 do mês subsequente, o sujeito passivo não recolheu tempestivamente o imposto devido, a medida judicial referida não repercute sobre este caso.

Por consequência, observando: **a)** não se incluir na competência de órgãos de juízo administrativo: I - a declaração de constitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder

Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior; **b)** por falta de previsão legal o pedido de redução da penalidade resta prejudicado, tenho a infração como subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 281317.0048/17-2, lavrado contra **STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - ME**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento da multa de **R\$4.281,47**, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões Virtuais do CONSEF, 01 de junho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR