

N.F. Nº - 269283.0018/20-5
NOTIFICADO - MSA COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA
NOTIFICANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 29.09.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0339-06/21NF-VD

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Verificado que a Notificada deixou de recolher parcela do imposto por antecipação parcial sendo que a infração aplica de forma escorreita a multa percentual nos ditames do art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido. Rejeitada as nulidades suscitadas. Infração subsistente. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **20/12/2020** formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$13.829,36, em decorrência do cometimento de uma única infração cujo o período apuratório se fez nos meses de fevereiro a agosto de 2017 e janeiro, fevereiro, maio, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2018:

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.

Enquadramento Legal: Artigo. 12-A da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 22 a 52) e documentação comprobatória às folhas 53 a 131, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC L FREITAS na data de 03/03/2021 (fl. 20).

Em seu arrazoado inicia a Notificada sua peça de defesa alegando a tempestividade da impugnação e que se proceda a anotação do nome do patrono Bel. José Antônio Garrido, inscrito na OAB sob o nº 18.519, na capa dos autos, a fim de que as futuras intimações concernentes ao presente feito sejam efetuadas EXCLUSIVAMENTE em seu nome, sob pena de nulidade (art. 236, § 1º do CPC), no seguinte endereço: Alameda Salvador, nº 1057, Salvador Shopping Business, Torre América, 20º andar, Salas 2006 a 2011, CEP 41.820-790, Caminho das Árvores.

Explanou em síntese o lançamento impugnado e assinalou as *insubsistências da infração e do lançamento tal como efetuado* sucedendo-se que a Notificação Fiscal padece de vícios que o inquinam de invalidade.

Asseverou no item (a) da *insubsistência a imprecisão da descrição da infração, a comprometer o exercício de defesa*, entendendo que no documento que materializa o ato de lançamento tributário constou, apenas, “*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*”, não especifica com maior precisão quais fatos pretende fazer aplicar a norma tributária, a dificultar, pois, o exercício do direito

constitucional de defesa, trazendo os dizeres dos docentes José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini para substanciar o princípio da legalidade da validade de um ato quando não se expõe precisamente os pressupostos de fato.

Assinalou que carecendo o ato da devida fundamentação que autorizou a sua prática infringiu-se, expressa disposição do RPAF, precisamente o art. 39, inciso III e VI, conduzindo, consigo, as lições do Prof. Paulo de Barros Carvalho em dissertação do descuido da devida minudência dos prepostos de fato que levaram a prática do ato ora impugnado, de Neicyr de Almeida “quando a descrição dos fatos enfeixa contradições, dissertações ininteligíveis e, principalmente, quando exhibe cálculo incompreensíveis...”, acrescido dos comentários de James Marins, com o princípio do formalismo moderado, e às doudas lições de Roque Antônio Carrazza onde os atos administrativos devem trazer de modo expresso e claro e suficientes os fundamentos do ato e de direito que os embasaram.

Frisou os dizeres do Professor Paulo de Barros Carvalho em relação à correta descrição da infração assim como do fato gerador, bem como as lições do eminente fiscalista Alberto Pinheiro Xavier sobre o princípio da fundamentação, destacando que dos escólios doutrinários deflui-se que há omissão do Notificante em apor de forma clara, concisa, porém suficiente de todos os pressupostos legais e de fato, sejam estes decorrentes de indícios ou presunções, que o levaram a efetuar o lançamento, solicitando que se declare a nulidade por total ausência fática, bem como de declinação específica da fundamentação legal, o que compromete o exercício do direito de defesa.

Arguiu no item (b) *a ausência de qualquer prova do cometimento de infração* não havendo qualquer prova direta acerca da ocorrência de fato gerador que não tenha submetido à tributação, aduzindo que com esforço, pode-se inferir que o lançamento calca-se em elementos de prova indireta, em indícios e presunções, sendo totalmente carente de prova acerca da ocorrência do fato gerador citando os dizeres do Professor Roque Antônio Carrazza onde o agente fiscal não pode, valer-se de presunções, ficções ou indícios para suprir lacunas da realidade que se lhe apresenta, bem como os juristas Paulo de Barros Carvalho e Susana C. Navarrine e Rubén O. Asorey.

Permeou pela derivação do princípio da verdade material e do princípio de aplicação comum do magistério de Alberto Xavier e da aplicação do princípio do inquisitivo ao processo administrativo fiscal, introduzindo o magistério de Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza Martinez López em obra dedicada ao procedimento administrativo fiscal federal, concluindo com James Marins que sintetiza as ponderações feitas sobre o princípio da verdade material e arrematando com a argumentação com o jurista Aurélio Pitanga Seixas Filho, asseverando que no caso em comento **não há nenhuma prova, ao menos indiciária, de que o tributo devido não tenha sido recolhido ao tempo e modo devidos.**

Defendeu no item (c) **a ausência de recolhimento a destempo de valores correspondentes ao ICMS submetido ao regime de Antecipação Parcial**, uma vez que a Notificada não efetuou nenhum recolhimento de ICMS fora do prazo, ao revés, sempre apurou, mediante lançamento tributário por homologação, os montantes respeitantes ao ICMS sob a modalidade de antecipação parcial oriundo de aquisições de mercadorias de fora do Estado e os recolheu aos cofres estaduais ao tempo e modo devido, conforme documentação anexa.

Protestou o caráter confiscatório da multa de 60% sobre o valor do imposto citando entendimentos e decisões do Supremo Tribunal Federal e diversos juristas sobre o percentual da multa afigura-se desarrazoado (fls. 46 a 54) requerendo a exclusão da multa apontada sobre o valor do imposto.

Concluiu para que se acolham a presente defesa decretando-se a invalidade do lançamento consubstanciado na Notificação Fiscal tombada sob o nº de 2692830018/20-5, em razão do quanto exposto nesta defesa, e subsidiariamente, pleiteia que seja excluída a multa apontada e aplicada a multa de 20% quer seja por incorreta aplicação ao caso considerando o que consta na própria Notificação Fiscal, quer seja em razão do nítido caráter confiscatório.

O Notificante presta Informação Fiscal às folhas 140 e 141 descrevendo a infração aplicação e apreciou o tópico da “IMPRECISÃO DA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO, A COMPROMETER O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA” onde consignou que a Notificação Fiscal ora em lide obedece ao preconizado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal contendo todos os elementos necessários ao claro e preciso entendimento da infração cometida. Constam a descrição dos fatos, a descrição da infração, com seu respectivo enquadramento legal e tipificação da multa, seu demonstrativo analítico do débito, a tabela de redução da multa aplicada, e finalmente as planilhas utilizadas pelo Notificante (fls. 06 a 10), levando ainda em conta que o CD contendo a respectiva planilha acompanhou a Notificação Fiscal, com cópia entregue à Notificada, não havendo o que falar em descrição imprecisa da infração.

Pontuou no tópico “AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO” que a Notificada não consegue demonstrar, de forma clara o que seria a falta de provas “ao menos indiciária” de que o tributo devido não tenha sido recolhido ao tempo e modo devidos. Além disso, a Notificada à folha 40 fala que a infração ora em apreciação seria referente a “antecipação parcial”, mas tal situação não está em lide, não guardando a Notificada atinência com a infração ora em discussão.

Consignou que o tributo em questão, antecipação parcial, não foi pago, e isso comprova-se perante a inexistência das respectivas guias de recolhimento do mesmo quando da ocorrência dos fatos geradores, os quais são, neste caso, a aquisição de mercadorias tributadas normalmente provenientes de outras unidades da Federação, ou seja, os fatos foram devidamente comprovados.

Assinalou no tópico “AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO A DESTEMPO DE VALORES CORRESPONDENTES AO ICMS SUBMETIDO AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL” que a presente notificação não se refere, em nenhum momento, a **imposto recolhido fora do prazo**, e sim à **falta de antecipação parcial**. Contudo, uma vez que o contribuinte procedeu à saída tributada dessas mesmas mercadorias, esta Fiscalização obedecendo às normas regentes cobrou **tão somente a multa pelo não pagamento da antecipação**, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96, uma vez que não compete ao contribuinte escolher a forma e o momento do recolhimento do imposto, portanto alegação totalmente descabida.

Proferiu em relação ao caráter confiscatório da multa de 60% que esta é prevista pela Lei de nº 7.014/96 e finaliza pelo exposto que nenhum dos argumentos da Notificada merecem prosperar e posiciona pela procedência total da Notificação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em **20/12/2020** formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$13.829,36, em decorrência do cometimento de uma única infração (07.15.05) da 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. Infração apurada nos meses de fevereiro a agosto de 2017 e janeiro, fevereiro, maio, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2018.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no artigo. 12-A da Lei 7.014/96 e multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Em síntese de sua impugnação a Notificada pleiteou pela insubsistência da imprecisão da descrição da infração como comprometimento do exercício de defesa, entendendo que no documento que materializou o ato de lançamento tributário não especificou com maior precisão quais fatos pretendeu fazer aplicar a norma tributária, com isto a dificultar o exercício do direito constitucional de defesa, trazendo dizeres de diversos docentes para substanciar o princípio da legalidade da validade de um ato quando não se expõe precisamente os pressupostos de fato. Carecendo o ato da devida fundamentação infringiu-se expressa disposição do RPAF, precisamente o art. 39, inciso III e VI.

Inferiu-se que há omissão do Notificante em apor de forma clara, concisa, porém suficiente de todos os pressupostos legais e de fato, sejam estes decorrentes de indícios ou presunções, que o levaram a efetuar o lançamento, solicitando que se declare a nulidade por total ausência fática.

Complementou que não havendo qualquer prova direta acerca da ocorrência de fato gerador pode-se inferir que o lançamento se calçou em elementos de prova indireta, em indícios e presunções, sendo totalmente carente de prova acerca da ocorrência do fato gerador. Permeou pela derivação do princípio da verdade material e do princípio de aplicação comum. No caso em comento **não há nenhuma prova, ao menos indiciária, de que o tributo devido não tenha sido recolhido ao tempo e modo devidos.**

Defendeu a **ausência de recolhimento a destempo de valores correspondentes ao ICMS submetido ao regime de Antecipação Parcial**, uma vez que a Notificada não efetuou nenhum recolhimento de ICMS fora do prazo

Protestou o caráter confiscatório da multa de 60% sobre o valor do imposto requerendo a exclusão da multa apontada sobre o valor do imposto. Concluiu pela invalidade do lançamento, pleiteou que seja excluída a multa apontada e aplicada a multa de 20% quer seja por incorreta aplicação ao caso considerando o que consta na própria Notificação Fiscal, quer seja em razão do nítido caráter confiscatório.

O Notificante prestou Informação Fiscal onde consignou que a Notificação Fiscal obedeceu ao preconizado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal contendo todos os elementos necessários ao claro e preciso entendimento da infração cometida.

Assinalou que a presente Notificação não se refere, em nenhum momento, **a imposto recolhido fora do prazo**, e sim **à falta de antecipação parcial**. Contudo, uma vez que o contribuinte procedeu à saída tributada dessas mesmas mercadorias, esta Fiscalização obedecendo às normas regentes cobrou **tão somente a multa pelo não pagamento da antecipação**, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96, uma vez que não compete ao contribuinte escolher a forma e o momento do recolhimento do imposto, portanto alegação totalmente descabida.

Proferiu em relação ao caráter confiscatório da multa de 60% que esta é prevista pela Lei de nº 7.014/96 e finaliza pela procedência total da Notificação Fiscal.

Entendo que na lide estabelecida **a infração aplica multa percentual sobre a parcela do 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.

Em apanhado sobre a antecipação parcial, no Estado da Bahia, tem-se que nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/1996 que é devida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Tal obrigação independe do regime de apuração adotado. Quanto à forma de cálculo da antecipação parcial do ICMS, prevê o artigo 12-A da Lei de nº 7.014/1996 que o imposto será calculado mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor total da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (Art. 23 da Lei de nº 7.014/1996).

Em relação ao recolhimento, com base no art. 332, do RICMS-BA/12, **o recolhimento do ICMS será feito antes da entrada** no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, **relativamente à antecipação parcial do ICMS**, excepcionando à regra geral, **o recolhimento se dará até o dia 25 do mês subsequente** para o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia – CAD/ICMS, na condição de “credenciado” junto a SEFAZ/BA, que preencha cumulativamente os requisitos indicados no parágrafo 2º do art. 332.

Do deslindado verifiquei na documentação acostada aos autos, especificamente no conteúdo do CD apostado à folha 13, que a auditoria se fez em relação às notas de aquisições efetuadas pela Notificada nos anos de 2017 e 2018, e que o Notificante estabeleceu à segmentação mensal com sua totalização, constatando, deste modo, as parcelas que deixaram de ser pagas por antecipação parcial pela Notificada.

A título ilustrativo do processo de lavratura do Notificante tem-se que no ano de 2017, para as mercadorias adquiridas (listadas nas notas fiscais da auditoria realizada pelo Notificante) no mês de fevereiro e pagamento a ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente, ou seja, em 25/03/2017, da antecipação parcial pela Notificada, foi recolhido por esta a este título na Conta Receita 2.175, no DAE de nº 1701211155 (acostado pela Notificada à folha 109) o valor de R\$8.831,67, que em confronto com o valor auferido pelo Notificante de R\$11.334,05 **resultou-se na parcela que deixou-se de ser paga** pela Notificada no montante de R\$2.502,38, sendo esta a mecânica estabelecida para todo o lançamento efetuado pelo Notificante.

Ademais, diferentemente do alegado pela Notificada aferi que referente a algumas competências mensais em relação ao ano de 2017, estas não foram recolhidas ao tempo devido como por exemplo os meses **03 e 04/2017** que foram recolhidos em **25/08/2017** nos DAES de nºs 1704902862 e 1704902886 (fls. 111 a 113), bem como o mês 10/2017 fora recolhido em 13/12/2017 no DAE de nº 1707370351 (fls. 97 e 98).

Assim, constato que em relação às arguidas nulidades pela Notificada relacionadas ao presente lançamento não há acolhimento tendo em vista que o lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em decorrência do argumento de que a multa aplicada é exorbitante, solicitando sua redução, por entender que a mesma viola o princípio do não confisco, frente a esse argumento, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa. O Estado da Bahia ao promulgar a Lei de 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.

Em relação ao endereço para correspondências processuais, não há nada que impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo, inclusive, recomendável que assim se faça tendo-se em vista os dizeres do art. 272, § 5º do Código de Processo Civil (CPC), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Ressalta-se, por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Concluo que a infração aplica corretamente multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser recolhido, tempestivamente, por Antecipação Parcial, nas hipóteses regulamentares, referente às aquisições de mercadorias, efetuadas pela Notificada, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Ante o exposto, acato as argumentações do Notificante e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **269283.0018/20-5**, lavrada contra **MSA COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.** devendo ser intimado a notificada para efetuar o pagamento do crédito no valor de **R\$13.829,36**, previsto no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2021

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR