

PROCESSO - A. I. Nº 084138.0298/21-8
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0067-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0348-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA DESCREDENCIADA. FALTA DE PAGAMENTO ANTES DO INGRESSO NO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento antes da entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização não enquadradas no regime de substituição tributária. O Autuado não atende ao requisito previsto no inciso II do Art. 332 do RICMS/12, que autoriza o recolhimento do imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao do Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (MDF-e), vinculado ao respectivo DANFE. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/08/2021, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 – 54.05.08:** 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 preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, em 04/08/2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 105.401,55, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta na **descrição dos fatos:** “Falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (diversas) acobertadas pelos DANFES 246573 e 246576, procedentes de outra unidade da Federação e destinada para comercialização a contribuinte neste Estado da Bahia, com a IE descredenciada no CAD/ICMS-BA. O lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal nº 4414521016/21-2 que é parte integrante deste Processo”.*

A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0067-04/22-VD (fls. 86 a 91), com base no voto a seguir transcrito:

“O Auto de Infração sob apreciação, foi expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias para exigência de imposto no valor de R\$ 105.401,55, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “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 preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”.

Consta na descrição dos fatos: “Falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (diversas) acobertadas pelo DANFE 246573 e 246576, procedentes de outra Unidade da Federação e destinada para comercialização à contribuinte neste Estado da Bahia, com a IE descredenciada no CAD/ICMS-BA. O lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal nº 4414521016/21-2 que é parte integrante deste Processo”.

O enquadramento legal assim se apresenta: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96, enquanto que a multa aplicada é a prevista no art. 42, II, “d” da mesma Lei.

Estão anexados aos autos os seguintes documentos: i) Termo de Apreensão nº 4414521016/21-2 (fls. 05 e 06);

ii) Cópia do DANFE nº 246573 e 246576 (fls. 07 a 11); iii) cópia de consulta ao contribuinte (fl. 15) e IV) cópia do DACTE nº 50.395 (fl. 12).

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração em virtude de vício material que ocasionou cerceamento ao seu direito de defesa, sob o argumento de que o autuante, ao capitular a infração sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está impedindo que apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido.

Da análise efetuada nas peças constitutivas destes autos, entendo que o argumento defensivo não merece prosperar. Isto porque, conforme acima, a acusação se encontra perfeitamente descrita, com indicação da motivação para o lançamento, cujos fatos também se encontram delineados no Termo de Apreensão que originou o lançamento, sendo, portanto, atendidos os requisitos previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Ademais, o lançamento também atende ao previsto pelos Arts. 26, inciso I e 28, inciso IV do RPAF/BA, razão pela qual, estando presentes nos autos todos os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, não acolho o pedido de nulidade formulado pelo autuado, posto que não vislumbro a presença de qualquer vício que acarrete cerceamento ao direito de defesa do contribuinte autuado.

Em relação ao mérito da autuação, foi requerido pelo autuado a realização de revisão fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, pedido que fica indeferido com base no previsto no Art. 147, I do RPAF/BA, por considerar que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Isto posto, vejo que foi alegado pelo autuado inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias, como sanção para recolhimento de tributos. Este é um argumento que não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, tendo em vista previsão expressa contida no Art. 167, inciso I do RPAF/BA, entretanto, de acordo com o prescrito no Art. 28, IV do RPAF/BA, o Termo de Apreensão se reveste em um instrumento que instrui e fundamenta a autuação, sendo, destarte, o documento que constitui a prova material da infração, juntamente com os documentos citados no mesmo, conforme se verifica nestes autos.

A antecipação parcial do ICMS decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no art. 12-A da Lei nº 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.

Por seu turno, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS/12, a respeito do momento do recolhimento do imposto, determina (redação da época dos fatos geradores):

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 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.

Como visto acima, o autuado, sob o ponto de vista legal, reconhecido pelo próprio em sua peça defensiva, está obrigado a recolher o ICMS devido por antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, de suas

aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Por outro lado, desde que sejam preenchidas as condições regulamentares acima pontuadas, o pagamento poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal.

No caso presente, o autuado, por não preencher os referidos ditames regulamentares, posto que se encontrava com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, conforme atesta o documento de fl. 09, e informação constante no Termo de Apreensão, fl. 05, foi exigido, ao meu ver, corretamente o imposto na forma prevista pelo Art. 332, III do RICMS/BA.

Desta maneira, não há que se falar em impedimento de recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente por parte do Fisco Estadual em razão de aplicação de sanção política, posto que, o que ocorreu, foi simplesmente em razão do autuado não preencher as condições regulamentares para tal condição, em razão de possuir restrições relacionadas a créditos fiscais inscritos em dívida ativa.

Quanto ao argumento defensivo de caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto na legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, in verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, foge à competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que não figurou em nenhuma das ações citadas como parte, não sendo possível também atender ao pleito do defendente para aplicação de multa em percentual que não represente confisco ao seu patrimônio, ante às razões aqui expostas.

Por fim, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao patrono do autuado no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do ato processual, visto que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais, atendem ao estabelecido no Art. 108 do RPAF/BA

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 101 a 109), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação por vício material, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, por carecer de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas, nos termos do Art. 142 do CTN, não havendo descrição clara dos fatos que configuraram as infrações.

Arguiu a inconstitucionalidade e a ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para o recolhimento de tributos, destacando que promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, logo após a regularização do seu credenciamento, não sendo razoável a manutenção da presente autuação.

Discorreu sobre o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada no percentual de 60%, ato vedado pelo Art. 150, IV da Constituição Federal de 1988.

Requeru que este Recurso Voluntário seja conhecido e provido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa, em razão 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 descredenciado, destinadas a comercialização.

Consta Termo de Apreensão nº 441452.1016/21-2, emitido em 04/08/2021, indicando que se tratavam de diversas mercadorias acobertadas pelos DANFES nºs 246.573 e 246.576, onde foi registrada na mesma data a transferência da guarda e responsabilidade pelas referidas mercadorias para o Autuado (fls. 05 e 06).

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade da autuação sob a alegação de que não foi efetuada descrição clara dos fatos que configuraram a infração e que, por este motivo, haveria insegurança para se determinar a infração apontada.

Constato que o presente processo está revestido das formalidades legais, o demonstrativo foi detalhadamente apresentado, constando as notas fiscais, conhecimentos de transporte e a impressão do resultado da consulta comprovando que o Autuado estava descredenciado.

Afasto a nulidade suscitada.

Conforme consta na Decisão recorrida, o Autuado deveria ter efetuado o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial antes da entrada no território do Estado da Bahia, nos termos do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c o Art. 332, III do RICMS/12.

Embora alegado pelo Autuado, não há nenhuma prova de que o imposto exigido tenha sido recolhido pelo Autuado antes da lavratura do Termo de Apreensão, além do que não caberia denúncia espontânea após iniciado o procedimento fiscal.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e a apreensão de mercadorias foi efetuada nos termos dos Arts. 31-A a 31-G do RPAF/99, sendo efetuada na mesma data a transferência da guarda e responsabilidade pelas referidas mercadorias para o Autuado, sem o pagamento do imposto.

Por tudo o que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **084138.0298/21-8**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 105.401,55**, 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, 16 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS