

PROCESSO - A. I. Nº 279000.0033/21-0
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0008-06/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Comprovada a ocorrência de aquisições interestaduais de mercadorias, sujeitas ao regime da Antecipação Tributária do ICMS, com fito de comercialização, sem o recolhimento do imposto. Autuado não apresenta qualquer elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 6ª JJF sob nº 0008-06/22-VD que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 18/05/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, exigindo ICMS no valor de R\$ 91.248,89, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

***Infração – 01: 54.05.08** - Falta de recolhimento do ICMS referente a 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 Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.*

***Multa** prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

O Autuado apresenta peça defensiva, através de advogados (fls. 32/80).

O Autuante presta Informação Fiscal (fls. 83/87). Pugna pela procedência do lançamento, afirmando que em nenhum momento o Impugnante nega o fato de estar descredenciado no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, o que considera fato incontroverso.

A 6ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige do Autuado ICMS no valor de R\$ 91.248,90, e é composto de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias, efetivadas por Contribuinte DESCREDENCIADO, com fito de comercialização, acobertadas pelas Notas Fiscais de nº 241.314 e 241.305, ambas emitidas em 14/05/2021 (fls. 07/12),

Em síntese, na Impugnação apresentada, o sujeito passivo alega a ocorrência de diversas irregularidades no momento da lavratura do Auto de Infração, que ocasionaram o cerceamento de defesa do contribuinte. Assevera ser necessário verificar que, ao capitular as infrações sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está a Autoridade Fiscal impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, desatendendo previsões do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal neste Estado, aprovado pela Lei nº 7. 629/99.

Entende ter havido vício substancial, não meramente formal, sob a ótica de que a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no art.142 do Código Tributário Nacional, constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos do lançamento. Sem delimitação precisa, não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Em relação ao mérito, reconhece que o Regulamento do ICMS deste Estado estabelece no § 2º do seu art. 332,

que aos contribuintes regularmente inscritos no cadastro deste Estado, será permitido o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF e vinculado ao documento fiscal. Na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Afirma que o descredenciamento do Impugnante decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no sistema desta SEFAZ/BA, que se encontravam com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria de cobrança dos mesmos.

Questiona a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto por considerá-la desproporcional e confiscatória.

Finaliza a peça defensiva requerendo o acatamento da Impugnação, bem como a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito. Além de peticionar o acolhimento da preliminar de nulidade, com o cancelamento do lançamento. Isto não ocorrendo, que seja julgada, no mérito, totalmente improcedente a autuação.

Em suma, o Autuante presta Informação Fiscal afirmando inexistir qualquer vício de forma, de objeto ou desvio de finalidade nos procedimentos adotados. Assevera que em nenhum momento o Impugnante nega o fato de estar descredenciado no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, o que considera fato incontroverso.

Afirma que o Impugnante tenta mudar os fatos, ao associar a apreensão de mercadorias com uma suposta sanção para o recolhimento do tributo.

Finaliza informação requerendo a procedência total do lançamento.

Inicialmente, cumpre destacar que a defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade. Entendo que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No presente Auto de Infração, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas e não foi constatada violação ao devido processo legal. Pelo que indefiro o pedido de nulidade formulado pelo Autuado.

Em relação ao pleito de revisão fiscal, efetivada por fiscal estranho ao feito, igualmente indefiro, com base no previsto no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, por considerar suficientes, para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos.

Compulsando os documentos constantes nos autos, verifico que, de fato, os produtos de cosmética, comercializados pelo Autuado, estão sujeitos ao recolhimento do imposto devido sob o regime da Antecipação Tributária Parcial (fls. 07/12).

Constato que, efetivamente, o Contribuinte encontrava-se na condição de **DESCRENCIADO**, perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, por possuir restrição de crédito – Dívida Ativa, conforme consulta cadastral anexada pelo Autuante (fl. 17).

Uma vez **DESCRENCIADO** e tratando-se de aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de apuração supracitado, o Contribuinte deveria ter efetuado o recolhimento do imposto **quando da emissão do MDF-e**, consoante estabelecido no inciso III do art. 332 c/c § 2º do mesmo artigo, ambos dispostos no RICMS/BA-99, in verbis:

“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;(grifos nossos);

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais. “

Pertinente destacar que o Autuado não apresentou prova nos autos de que recolheu o imposto exigido, ainda que de forma extemporânea, relativo às aquisições interestaduais que realizou. Assim como, não rechaçou o fato de se encontrar descredenciado.

Note-se que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação efetivada por meio do presente lançamento, nos termos do art. 143 do RPAF-BA/99, in verbis.

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Ademais há de se considerar a presunção estabelecida no art. 142 do RPAF-BA/99, a seguir transcrito:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Cabendo ressaltar que o disposto no supramencionado art. 142 coaduna com o estabelecido no art. 140 do RPAF-BA/99, in verbis:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Em relação à alegação do Impugnante, que trata do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de inconstitucionalidade, temas sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167 do RPAF-BA/99, in verbis:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

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.

Para finalizar, entendo que a infração está devidamente caracterizada e não foi apresentado qualquer elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com a decisão proferida acima, a recorrente, com fundamento nos arts. 169, I, “b” e art. 171 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interpôs Recurso Voluntário.

Preliminarmente requer a nulidade do Auto de Infração em razão de suposta ausência de descrição clara dos fatos que configuraram as infrações. Salienta que se trata de um vício puramente material e que, por esta razão, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implicam na falta de certeza e liquidez.

Diz que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não se revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, justamente porque o mesmo funciona como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo. Ademais, afirma que a antecipação parcial do imposto não encerra a fase de tributação da mercadoria, na medida em que o tributo será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Esclarece que o seu descredenciamento decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no sistema desta Sefaz/Ba, os quais se encontravam com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria à cobrança dos mesmos.

Diz que após a regularização do credenciamento, a Recorrente promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, não sendo razoável a manutenção da presente autuação.

Aponta que não pode o Estado valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição

ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.

Por fim contesta a aplicação da multa na razão de 60%, sinalizando que se mostra desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV.

Afirma que em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Recorrente, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Este é o relatório.

VOTO

A acusação constante no Auto de Infração é de: *“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 na legislação fiscal”*.

De logo, deixo consignado que sob o ponto de vista formal não há nos autos nenhum óbice que fulmine o referido processo por nulidade. Isto porque, ao verificar o lançamento de ofício, constato que o mesmo preenche todas as formalidades legais previstas no nosso RPAF e, apesar de se tratar de um Auto de Infração de Trânsito, vislumbro que, o mesmo seguiu todo o rito processual que o mesmo, demanda, sendo devidamente iniciado com a lavratura do correspondente Termo de Apreensão de nº 2107651034/21-8, que é parte integrante deste auto, assim como do Termo de Depósito de Mercadorias (fls. 05 e 06).

Consta também anexo aos autos, documento da situação cadastral da Autuada, datado de 17/05/2021, onde demonstra o descredenciamento motivado pela inscrição de débitos em Dívida Ativa (fl. 17). Ou seja, da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal seguiu o rito processual que demanda o presente Lançamento.

Afasto, pois, a nulidade suscitada pela recorrente.

Aponta ainda a recorrente que, de acordo com o art. 332, § 2º do RICMS, os contribuintes regularmente inscritos no cadastro deste Estado, será permitido o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal. Todavia, contesta para a hipótese de exigência antecipada do referido imposto, na situação de descredenciamento do estabelecimento.

Entende a recorrente que o simples descredenciamento do contribuinte, por si só, não se revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, justamente porque o mesmo funciona como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo.

Para o deslinde do tema, importante trazer a baile o dispositivo acima mencionado, qual seja, art. 332, § 2º do RICMS:

*§ 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. (grifo meu)

O que se constata no presente Auto de Infração é o descumprimento de um dos requisitos para fruição do credenciamento previsto no § 2º do art. 332. Isto porque, conforme demonstrado pelo autuante, a empresa recorrente possuía débitos inscritos em Dívida Ativa, o que motivou a perda do seu credenciamento, em conformidade com o previsto no inciso II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA, acima transcrito.

Não havendo em nosso Regulamento Estadual previsão para o recolhimento postecipado do ICMS-antecipação parcial dos contribuintes em situação de “descredenciado”, considero procedente a exigência postulada.

Por certo, para fruição do recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal deve, pois, o contribuinte atestar sua situação regular de credenciamento, o que não se observa nos autos.

Ademais, referida exigência consta devidamente autorizado a exigência antecipada mediante art. 12-A da Lei nº 7.014/96, assim como referido tema já foi objeto de exame do STF, conforme ADI nº 3426.

Ressalto ainda que não consta nos autos prova que o contribuinte tenha realizado o pagamento da antecipação parcial, ainda que intempestivamente. Assim como não trouxe aos autos prova de que tenha realizado o pagamento integral o imposto, quando da sua saída.

Por fim, deparo-me com a tese recursal que sinaliza para o caráter confiscatório da multa aplicada na autuação. Ocorre que, de acordo com o art. 167, inciso I do RPAF, é vedado nesse foro administrativo a discussão sobre a matéria em apreço.

Outrossim, pontuo que o percentual da multa está em consonância com o ordenamento legal, notadamente a alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Refuta-se, pois, as razões recursais que sinalizam para o caráter confiscatório da multa.

Saliento que as multas aplicadas são em razão do descumprimento de obrigações principais e, apesar de me alinhar ao entendimento de que são excessivamente altas e desproporcionais, as referidas penalidades têm previsão na lei do ICMS do Estado da Bahia, motivo pelo qual também mantenho a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

Este é o voto.

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 **279000.0033/21-0**, lavrada contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 91.248,89**, 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, 01 de dezembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS