

PROCESSO - A. I. N° 281394.0037/21-5
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0120-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/01/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0384-11/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 29/07/2021, monta o valor histórico de R\$109.146,51, mais multa de 60%, dentre outros acréscimos, e tem como fundamento a falta de recolhimento de ICMS em face da antecipação tributária parcial em operações de aquisições interestaduais, devido antes da entrada das mercadorias em território baiano, formalizadas nos DANFEs nºs 245731 e 245735 anexados ao PAF com as respectivas chaves de acesso.

Após as intervenções, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexiste o vício material alardeado. Na realidade, a descrição da infração resultou clara e compreensível, com os dispositivos apontados como infringidos sendo exatamente aqueles relacionados ao regime de antecipação parcial do ICMS em vigor na Bahia. A documentação que deu suporte à cobrança espelha fielmente o que se discute neste processo, mormente a demonstração de que estava a defendant descredenciada para recolher a antecipação parcial depois dos produtos entrarem em seus estoques.

Teve o contribuinte acesso a todas as informações necessárias para caracterização da irregularidade descrita no auto de infração. Aliás, no próprio corpo do auto de infração, faz-se referência aos DANFEs cujas operações foram alcançadas pelo fisco, com as respectivas chaves de acesso, origem e descrição das mercadorias.

Logo, encontra-se presente nos autos o prestígio ao contraditório e à ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Afastada a preliminar.

Há uma outra questão preliminar a enfrentar.

Trata-se da necessidade de revisão fiscal ou de qualquer outro tipo de diligência ou de dilação probatória. A matéria tributável está posta qualitativa e quantitativamente. Dispensável protelar o julgamento, em virtude de estarem presentes todos os elementos de prova suficientes para elucidação do debate. Indeferido o requerimento. Não há que se falar em cerceamento de defesa.

Quanto à matéria de fundo, nada muito complexo a abordar.

Em primeiro lugar, não há discussões sobre o quantum debeatur. Os valores lançados não tiveram enfrentamento pela impugnante sobre o seu montante.

Dito isto, a presente exigência indica falta de recolhimento de imposto a título de antecipação parcial, haja vista a condição de DESCREDENCIADA da empresa, alusiva a operações consignadas em duas notas fiscais, quais sejam, NFs 245731 e 245735, relacionadas com itens de beleza adquiridas da “Botica Comercial Farmacêutica LTDA”.

Também não há discussões sobre a situação da defendant estar descredenciada para recolher a antecipação parcial após as mercadorias ingressarem em seu estabelecimento. Destarte, restou incontrovertida qualquer

discussão acerca do sujeito passivo estar ou não credenciado para pagar a antecipação no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria. Definitivamente, a cobrança poderia ser mesmo feita no trânsito de mercadorias.

Por outro lado, a apreensão das mercadorias não foi utilizada como um procedimento condicionante para que o sujeito passivo fique obrigado a pagar o tributo, o que já conta com a reprovação da doutrina e da jurisprudência há muito tempo. Tanto assim é que o lançamento de ofício foi lavrado e contou a empresa com a possibilidade de contra ele se insurgir e oportunizar agora a sua apreciação perante este Conselho Administrativo de julgamento. A apreensão foi usada apenas como um expediente para constituir a prova material do fato, consoante art. 40, § 5º da Lei 7.014/96.

Tampouco funciona o descredenciamento como sanção política para se exigir o recolhimento do tributo. Não é deste jeito que o mecanismo funciona. Na verdade, a legislação exige que a antecipação parcial do ICMS seja paga antes da entrada neste Estado de produtos procedentes de outras unidades federativas, conforme determina o art. 332 do RICMS-BA, salvo se o contribuinte obtiver autorização para recolher o imposto num outro momento. A regra, portanto, é pagar o tributo antes do ingresso dos produtos nos estoques. O momento da ocorrência do fato gerador fica caracterizado antes da entrada das mercadorias no território baiano.

Acerca da alegação da penalidade pecuniária traduzir confisco, por ser exorbitante, não compete a este Colegiado apreciar pedido de dispensa de multa, tendo como fundamento alegações da lei ter vergastado princípio tributário de ídole constitucional, conforme estatui o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA.

Isto posto, considero o Auto de Infração inteiramente PROCEDENTE.

A advogada Dra. Ione Jaqueline Nascimento Freitas apresenta Recurso Voluntário, devido ao inconformismo referente à Decisão recorrida, onde tece os mesmos fatos impugnativos da peça inicial.

Discorre quanto à tempestividade da peça recursal. Faz síntese dos fatos da autuação, se reportando em relação ao valor, a legislação regida, à multa aplicada e suas disposições legais.

No **mérito**, fala sobre o resultado proferido pela 4ª JJF, que destaca a Procedência do Auto de Infração e sua aplicação legislativa;

Suscita **nulidade material por vício do Auto de Infração**. Pontua que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, conforme disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF-BA, aprovado pela Lei nº 7.629/99. Explica sobre a diferença dos vícios materiais (decorrem da norma jurídica tributária) e formais (procedimento preparatório do lançamento). Acrescenta que os **vícios formais** são aqueles que não interferem na constituição do crédito tributário, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede o lançamento ou a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Já os **vícios materiais** apontam em relação ao conteúdo do lançamento (motivo da autuação fiscal e seus valores monetários, diante do fato, das provas e do direito aplicável ao fato, base de cálculo, desconhecimento da natureza do fato). Ou seja, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implica na falta de certeza e liquidez.

Sustenta que houve vício substancial (material), 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 CTN (reproduzido na peça), constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se poderia admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Afirma que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas, uma vez que o lançamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

Alega **inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos**. Salienta que a autuação foi pela “*falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (produtos de beleza) procedentes de outra unidade da Federação e destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA*”.

Assevera que de acordo com o art. 332, § 2º do RICMS, 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. Assim, na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Esclarece 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. Acrescenta que pelo fato da antecipação parcial do imposto não se encerrar na 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.

Assinala que o descredenciamento da Recorrente 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.

Destaca 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 os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos (RAMOS, 2005, p. 507).

Disse que, se com a imposição de sanções menos gravosas (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposições de sanções políticas, como a apreensão de mercadorias, para fins de exigência de imposto por antecipação, a qual, não encerra a tributação da cadeia de circulação da mercadoria.

Reitera que não poderia ter sido omissa na utilização das mesmas, gerando cenário de insegurança jurídica à ora Recorrente, ocasionando o descredenciamento de sua inscrição estadual, bem como procedendo na apreensão de mercadorias em trânsito, com lavratura do Auto de Infração em epígrafe, cujo exercício do recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente foi impedido em razão da aplicação de sanção política.

Impugna em relação ao **caráter da multa ser confiscatória e desproporcional**. Sinaliza que o percentual aplicado desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV. Cita lições de Hugo de Brito Machado e julgado de tribunais superiores (TRF-5ª Região, MS nº 2001.83.00.0158724, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, DJ: 31/10/2002). Reproduz palavras de Heron Arzua e Dirceu Galdino. Pede pela redução e roga aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Finaliza requerendo o Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário apresentado no sentido de reformar a Decisão recorrida.

Conselheiro Eduardo Ramos de Santana se declarou impedido no julgamento deste PAF por ter composto da decisão de piso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, a fim de modificar a decisão de piso que julgou Procedente por unanimidade o presente Auto de Infração - *Trânsito de Mercadorias*, lavrado para exigir imposto no valor de R\$109.146,51 e multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal da Bahia.

Verifico que o Auto de Infração em lide resultou de uma ação de fiscalização realizada no POSTO FISCAL BENITO GAMA, através da abordagem de veículo da Transportadora TRANS-PIZZATTO, no que se refere aos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de nºs 245.731 e 245.735, procedentes do Estado do Paraná, emitidas em 20/07/2021, sem o pagamento da Antecipação Parcial antes da entrada no Estado da Bahia, por contribuinte que não atendia ao estabelecido no inciso II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA/12, para poder usufruir do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária.

Observo que a autuação teve enquadramento legal com base na alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; arts. 32 e 40 da Lei nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei de nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de nulidade por vício material, percebe-se que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de ICMS com indicação dos elementos constitutivos: sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência, dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos, em conformidade com o artigo 39 do RPAF/BA.

Posto isto, não vejo nenhuma desobediência, vícios material ou formal que possa invocar a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF, de modo que concluo pelo não acolhimento da nulidade requerida.

No mérito, foi alegada inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos.

Verifico que a ocorrência do fato gerador aconteceu em 29/07/2021, no Estado da Bahia, em Trânsito de Mercadorias, especificamente no Posto Fiscal Benito Gama, em Vitoria da Conquista/Ba.

Percebo que o autuante, na ação fiscal, no Posto Fiscal acima indicado, ao verificar o cadastro da recorrente, constatou que sua inscrição estadual estava na condição de descredenciada, por motivo de restrição de crédito - Dívida Ativa, conforme atesta documento à fl. 27 dos autos, portanto, naquele momento a Recorrente não gozava do benefício previsto no § 2º, do inciso II, do art. 332 do RICMS/12, para recolhimento no dia 25 do mês subsequente da emissão do Manifesto Eletrônico do Documento Fiscal (MDF-e), vinculado ao respectivo DANFE.

Observo que foram efetuados todos os procedimentos legais para a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias nº 222.566.1012/21-1, e consequentemente o Auto de Infração nº 281394.0037/21-5, para exigência da antecipação parcial ICMS, amparada pelo art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e do prazo de recolhimento autorizado pelo art. 332 do RICMS.

Aduz a recorrente, que após a regularização do credenciamento, promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, não sendo razoável a manutenção da presente autuação, no entanto, a recorrente não traz aos autos do processo nenhuma prova que tenha recolhido o ICMS, no que se refere ao presente Auto de Infração.

Por fim, a Recorrente alega que as multas aplicadas são confiscatórias e desproporcionais, sendo vedado pela Constituição Federal em seu art. 150.

Percebo que a multa aplicada de 60% decorreu do descumprimento da obrigação principal, a qual está prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, exatamente legal.

Quanto à alegação da recorrente ao caráter confiscatório da multa, ressalto que é vedado a este CONSEF a competência de discussão, conforme fundamento no disposto do art. 167, I do RPAF/99.

Por fim, verifico que o procedimento fiscal realizado pelo Autuante está amparado na legislação fiscal pelo art. 12-A da Lei nº 7014/96, no que se refere à cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização no território do Estado da Bahia.

Neste sentido, observo que conforme demonstrado pelo autuante, fl. 27, o autuado no momento

do auto, estava DESCREDENCIADO, em função de débito inscrito em Dívida Ativa, justamente uma das condições estabelecidas no art. 332, § 2º, II do RICMS/BA, para que o contribuinte pudesse usufruir do benefício concedido de postergação do pagamento do ICMS da Antecipação Parcial, estabelecido no § 2º do referido artigo.

Diante de tais considerações, concluo em julgar PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 281394.0037/21-5, 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\$109.146,51, 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 dezembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS