

A. I. Nº - 269130.0026/20-2
AUTUADO - PORTO BRASIL AGRÍCOLA EIRELI
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INF AZ OESTE

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-03/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO. MULTA. Na aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexistente o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração não elidida. Não acolhidas as nulidades suscitadas. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 163.414,55, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 07.15.05 – multa percentual sobre a parcela do ICMS que deveria ser paga por antecipação parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2019.

O autuado impugna o lançamento fls.15/23. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que, vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, apresentar Impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Pleiteia a nulidade do Auto de Infração. Repete a acusação fiscal e enquadramento legal. Aduz que esses fatos foram constatados por meio da análise de documentos e registros em livros fiscais, cujos demonstrativos, documentações e valores correspondentes, reproduz.

Afirma que o Agente Fiscal, lavrou o auto de infração, cobrando a parcela do imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS” que deixou de pagar por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, imputando-lhe ainda, uma multa de 60% (sessenta por cento), mais juros de mora, vindo a lançar a intimação no sistema eletrônico da SEFAZ/BA, da qual tomou ciência via “eletrônica”, no dia 06/07/2020, dessa data se estabeleceu o prazo de 60 (sessenta) dias, para o recolhimento do débito reclamado ou apresentar defesa na Repartição Fazendária de sua circunscrição, sob pena de revelia.

Explica que tem suas atividades voltadas para o comércio varejista de produtos diversos, na região Oeste da Bahia, com sede no Município de Barreiras, adotando o regime Tributário Federal na forma do Lucro Real, e o PIS e COFINS na forma da não cumulatividade. Já na esfera estadual adota o sistema de conta gráfica.

Compreende assim, que a composição do imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS”, seja resultante da diferença entre os débitos pelas saídas e os créditos pelas entradas, ou seja, do montante de vendas, menos o total das aquisições. Considerando ainda, o crédito de imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS”, gerado pelo pagamento da antecipação parcial, conforme artigo 309, inciso II, do RICMS/BA.

Salienta a inobservância do Agente Fiscal, quanto aos fatos, que no seu desejo exacerbado de punir, não atentou para a base legal do dispositivo citado, que dispõe sobre o direito ao contribuinte optante ao regime de conta corrente fiscal, de se creditar dos valores recolhidos por antecipação parcial, lançando o montante no quadro de outros créditos.

Dessa forma, diz que fica evidente que a infração *involuntária*, decorre apenas de uma mera *informalidade*, como narra o próprio Agente Fiscal, na descrição dos fatos, conforme reproduz. Por certo, entendeu o Agente Fiscal, não haver prejuízo tributários, e tão somente uma desobediência involuntária às formalidades estabelecidas na legislação, pela qual entendeu a necessidade de lhe punir.

Assim, em respeito ao princípio da eventualidade e conforme o exposto acima, entende que não houve uma correta subsunção fática do Agente Fiscal em relação a natureza da infração, o que enseja a sua declaração de nulidade pleiteada.

Frisa ser uma cominação descabida e exacerbada imposta por meio do auto de infração, visto que não incorreu em prejuízos de carga tributária, e tão somente numa transgressão involuntária às formalidades estabelecidas na legislação, uma vez que se tributou as saídas normalmente, como narra o próprio Auditor Fiscal. Logicamente, diz que não agiu dentro dos parâmetros da legislação, na proporção em que não recolheu a antecipação parcial devida, no entanto, também não cometeu nenhum delito, apropriação indébita ou usurpou privilégios, visto que não se utilizou dos referidos créditos dos quais teria direito.

Frisa ser difícil, determinar o motivo da referida ocorrência, mas pode supor que seja pela ineficácia de mecanismo adequado de suporte operacional, que motivou a inobservância involuntária das obrigações, visto que o recolhimento da antecipação parcial não incorreria em majoração de custos, sendo meramente formalidade, ou seja, recolhe, depois se credita.

Sustenta que o princípio do contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Inobstante, é necessário atentar para o fato de que o presente auto de infração, não comprova a existência de qualquer prejuízo fiscal tributário, em decorrência da sua inobservância involuntária.

Com base na narrativa que lastreou o conjunto fático probatório, comenta que não é possível extrair má-fé do contribuinte recorrente, o que requer a análise da responsabilidade infracional com temperamentos, por força do princípio hermenêutico *in dubio pro contribuinte* (artigo 112 do “CTN”).

Afirma que a infração involuntária cometida, não evidencia qualquer prejuízo fiscal tributário, assim, por conseguinte, não é razoável impor penalidade pecuniária em decorrência de mera formalidade, sem repercussão no resultado. Sobre o tema cita nulidades processuais proferidas pelo “STF”, relativas à necessidade de demonstração de prejuízos, o que importa dizer, que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação, somente poderá implicar ato de infração, quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.

Acrescenta que por oportuno, questiona a aplicação da multa na proporção de 60% (sessenta por cento,) que entende ser demasiada, exorbitante e abusiva, assumindo, assim, características confiscatórias, vedadas pelo ordenamento jurídico, considerando que a posição antológica do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 81.550, que reduziu multa de 100% para 30%, por considerar confiscatória a multa de valor igual ao imposto por mera falta de recolhimento do tributo, sem circunstâncias de sonegação ou de má-fé.

Aduz que outra não é a posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao decidir recurso de apelação de remessa oficial tributária, multa moratória de 50% (cinquenta por cento), próximo ao do débito cobrado, apenas pelo não recolhimento do tributo, sem que tenha havido grave ofensa à ordenança tributária, padece de razoabilidade, se configura em confisco, vedado pelo artigo 150, IV, da lei fundamental.

Relaciona os documentos que acosta à impugnação. Afirma que a sua convicção é de que o Auditor Fiscal tenta lhe punir ao fazer injusta e equivocada autuação, como se aquilatará em último fato acoimado como delituoso, como não está subsumido às normas que regem a exação tributária, o que enseja seu pedido de Impugnação e Nulidade do Auto de Infração.

Não obstante, e deveras considerar o auto de infração contra si lavrado, como de caráter insuportável a sua sobrevivência econômica e financeira, diante da árdua situação que assola o país, em decorrência desse fenômeno abominável “Covid 19” de repercussão desastrosa para a atividade do comércio, que já atingiu uma queda acentuada de 69% (sessenta e nove por cento), do seu faturamento bruto.

Assevera que a vista das narrativas expostas e comprovadas a insubsistência do auto de infração, requer que seja acolhida a sua impugnação de nulidade e cancelamento, com lastro de arquivamento. Não sendo esse o entendimento destes colendos julgadores, que a multa sobre a nova composição dos débitos que por ventura venham a existir, seja reduzida ao mínimo estabelecido.

A Autuante presta informação fiscal fl.56 a 60. Repete a infração imputada ao autuado. Sintetiza os termos da defesa. Afirma que foi apresentada impugnação pelo contribuinte, tempestivamente, através do seu representante legal, devidamente identificado. Em atenção ao que determina os artigos 121, 123, 126 e 127 do RPAF-BA, apresenta a seguir a informação fiscal, onde são discutidas as razões de defesa do contribuinte.

Informa que o auto de infração cobra a multa pela falta de recolhimento tempestivo da antecipação parcial. Comenta que o momento do pagamento do imposto não é mera formalidade.

Explica que o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, está disciplinado no art. 332, inciso III, do RICMS/BA.

Acrescenta que como benefício para contribuintes que cumprem correta e integralmente suas obrigações fiscais, o Estado da Bahia permite, que a antecipação parcial seja recolhida no mês subsequente ao da entrada da mercadoria, no estabelecimento, conforme § 2º do mesmo art. 332 do RICMS/Ba.

Frisa caber a cobrança da multa, ainda que o imposto tenha sido recolhido em sua totalidade no momento da saída da mercadoria. Quanto à *fatuidade* da infração, acompanhando o auto de infração podem ser encontradas tabelas informando, para cada nota fiscal, o item, o valor da base de cálculo, UF, alíquotas e a antecipação parcial devida. O total é somado mês a mês e comparado com o recolhimento de Antecipação Parcial realizado pela empresa no mesmo período. A diferença é entendida como ICMS_AP não recolhido tempestivamente. Isso é fato.

Salienta que ao não recolher tempestivamente a antecipação parcial o contribuinte: *a)* cometeu um delito; *b)* apropriou-se momentânea e indevidamente de valor de imposto devido à Bahia; *c)* usurpou privilégios, ao abusar da boa vontade do Fisco em conceder-lhe credenciamento para pagamento da Antecipação Parcial com prazo e, por fim, *d)* criou desigualdades entre concorrentes, causando tensões na economia baiana.

Observa que a fiscalização repele veementemente, todos os argumentos de defesa da empresa e solicita a manutenção integral do auto de infração.

VOTO

Preliminarmente, o defendente argumentou que houve inobservância do Agente Fiscal quanto aos fatos, não atentando para o princípio da não cumulatividade do ICMS, visto que como optante do regime de conta corrente fiscal, possui o direito de se creditar dos valores recolhidos por antecipação parcial, lançando o montante no quadro de outros créditos. Acrescentou que seu procedimento violou apenas formalidades estabelecidas na legislação, sem trazer qualquer prejuízo tributário ao Estado. Dessa forma, diz que em respeito ao princípio da eventualidade, entende que não houve uma correta subsunção fática do Agente Fiscal em relação à natureza da infração, o que ensejaria a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Não acato este argumento defensivo, por falta de sustentação fática. Cabe ressaltar, por importante, que o presente Auto de Infração não cobra imposto, e sim uma multa expressa em lei, pela falta do recolhimento tempestivo do ICMS.

A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração. O contribuinte tomou conhecimento que seria fiscalizado conforme “*Termo de Início*”

fl.08, ciência dia 01.06.2020. Termo de Entrega dos demonstrativos fls. 10 a 13, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da irregularidade se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Por isso, importa consignar que o Autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento jurídico.

Nesta linha de raciocínio, constato que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação e na informação fiscal. Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrentes, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante.

No mérito, observo que em ação fiscal, foi constatado pela Autuante que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida integralmente. Uma vez comprovada a tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado corretamente, em multa equivalente a 60% do ICMS não recolhido regularmente, nos termos do art. 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“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; “

§ 1º. No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II”;

O defendente não negou ter cometido a infração indicada pela fiscalização. Declarou que inobstante tal irregularidade, é necessário atentar para o fato de que o presente auto de infração não comprova a existência de qualquer prejuízo fiscal tributário, em decorrência da sua inobservância involuntária.

Sobre esta alegação, cabe salientar que na aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. Trata-se de norma estabelecida no art. 332, inciso III, “b” do RICMS/BA, que reproduzo:

Art. 332. (. . .)

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:

a) (...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

O defendente disse ainda, que com base na narrativa que lastreou o conjunto fático probatório, não é possível extrair má-fé do contribuinte, visto que a própria descrição dos fatos declara que o imposto posteriormente, foi devidamente recolhido.

Não deve prosperar a alegação defensiva de suposta ausência de prejuízo ao Estado, por não se configurar argumento capaz de elidir a infração imputada, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona a sua aplicação da pena à ocorrência de prejuízo.

Ademais, no presente caso, a alegação de boa-fé pelo defendente, não o exclui da obrigatoriedade de cumprir as regras estabelecidas na legislação tributária, nos termos do art. 136 do CTN, *in verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Observo que o contribuinte tem direito de a qualquer tempo, no curso do processo administrativo fiscal, apresentar documentos que serão analisados, em homenagem ao princípio da verdade material, o que não ocorreu no presente caso.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento.

O impugnante arguiu que a multa que lhe foi imposta se revela confiscatória, irrazoável e desproporcional, violando os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Saliento que a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, não subsiste. Convém ressaltar, que o art. 150, IV da CF é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na medida em que a multa aplicada é adequada, posto que prevista em Lei. Assim, entendo que a multa capitulada pela agente fiscal se encontra em consonância com o que prevê a legislação aplicável.

Não acato o pedido de cancelamento ou redução da penalidade aplicada requerida pelo defendente, visto que a multa aqui discutida se encontra prevista em Lei, cuja irregularidade apurada enquadra-se corretamente no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96. É importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e o art. 158 do RPAF/99, que tratavam da competência para redução ou cancelamento da multa foram revogados. Sendo assim, evidencia-se também a impossibilidade legal para atendimento a este pleito do defendente, por este Órgão Julgador.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0026/20-2**, lavrado contra **PORTO BRASIL AGRÍCOLA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação principal no valor de **R\$ 163.414,55**, prevista no inciso II, alínea “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR