

N. F. Nº - 293259.0067/21-0  
NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA  
NOTIFICANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS  
ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.05.2022

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0089-06/22NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO MERCADORIAS. Contribuinte descredenciado. Notificado não apresentou nos autos qualquer elemento comprobatório capaz de extinguir a imputação fiscal. Rejeitada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 27/09/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, onde é exigido o ICMS no valor de R\$9.988,58, multa de 60% no valor de R\$5.993,15 perfazendo um total de R\$15.981,73, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração **01 54.05.08** - 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 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.

Consta anexado ao processo: i) Termo de Ocorrência Fiscal nº 152701113221-2 (fl. 3); ii) cópia dos DANFES nº 503201 e 503202 (fl.6/8); iii) cópia do DACTE nº 31393 (fl.5); iv) Cópia da consulta ao cadastro de Contribuinte- Descredenciado (fl.9); v) Cópia do documento do veículo e CNH do motorista (fl.11).

O Notificado apresenta peça defensiva, através de advogados com anexos, às fls. 15/67, falando inicialmente da tempestividade da defesa.

Informa que a Impugnante é pessoa jurídica de direito privado que tem como atividade principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, além de demais objetivos comerciais conforme constam em seu contrato social anexo, empresa de irrepreensível conduta comercial, e fiel cumpridora de suas obrigações fiscais.

No entanto foi surpreendida com o seguinte auto de lançamento a lavratura e imposição de multa. Contudo, como será demonstrada a seguir, a autuação guerreada não merece prosperar, vez que a Impugnante jamais deixou de recolher os tributos devidos pela sua atividade e, ainda, as penalidades aplicadas infringem frontalmente os princípios constitucionais da razoabilidade, do não confisco, e inclusive o da capacidade contributiva.

Em preliminar, considera irregular a cobrança do ICMS/DIFAL por ausência de Lei Complementar, não podendo o Estado cobrar DIFAL de consumidor final sem que seja editada lei complementar, conforme conclusão em 24/02/2021 do STF, que analisou o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469.

Entende que o art. 12-A da Lei 7.014/96, bem como da alínea “b” do inciso III, do art. 332 do Decreto nº 13.780/12, é inconstitucional em diversas frentes, vez que viola uma série de

mandamentos constitucionais, tratando-se de verdadeira violação à capacidade contributiva da Impugnante. De início a referida Lei pretende regulamentar o recolhimento do ICMS DIFAL, quando nos termos da Constituição Federal a cobrança do ICMS DIFAL só poderá ser efetivada com relação à circulação de mercadorias e serviços nas operações interestaduais destinadas a consumidor nos termos do art. 155, §2º inciso VII. No entanto, a Lei em questão determina que o ICMS DIFAL deverá ser recolhido quando da aquisição de bens para revenda, nessa situação a Impugnante está sendo obrigada a recolher o ICMS DIFAL antecipado, quando faz aquisições de bens para composição do estoque para revenda destes mesmos bens adquiridos, na forma de mercadoria, estando bem cristalina a inconstitucionalidade em tese da Lei em questão.

Cita que a presente Notificação Fiscal também viola os artigos 155, § 2º, inciso XII, alíneas “A”, “D” e “I”, e 146, inciso III, alíneas “A”, “B”, e “D” da Constituição Federal.

Reclama da ilegalidade e da confiscatoriedade da multa aplicada, merecendo que seja reformado o lançamento fiscal, em função da aplicação da multa de 60%, dos valores supostamente devidos a título de ICMS.

Explicita a existência de vários entendimentos jurídicos sobre o tema com jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, entende que a manutenção da multa aplicada afronta os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco, assim como o da capacidade contributiva, deve ser anulado o lançamento fiscal em relação à aplicação da penalidade ou, quando menos, deve ser reduzida a mencionada sanção no percentual máximo de 20% de acordo com a supramencionada jurisprudência do STF.

Por todo o exposto, requer:

- a) Seja preliminarmente declarada a nulidade de todo o procedimento fiscal e o seu consequente arquivamento, sem qualquer imposição de penalidades à empresa, tendo em vista que o processo de constituição do crédito tributário feriu frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa.
- b) Preliminarmente, seja indeferido o Auto de Infração impugnado haja vista a ausência de previsão legal válida para a cobrança da antecipação do ICMS-DIFAL, considerando que a Impugnante adquire mercadorias para revenda e não para uso, consumo ou ativo imobilizado.
- c) No mérito, deve ser reconhecida ainda, a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas pela Fiscalização, em função da afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco em relação à aplicação da multa aplicada.
- d) Subsidiariamente, entendendo pela legalidade da multa imposta, que esta seja reduzida no percentual máximo de 20% de acordo com a jurisprudência do STF.
- e) Requer, ainda, que todas as publicações e intimações referentes ao processo sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Bruno Ladeira Junqueira, OAB/DF nº 40.301, e-mail: controladoria @bjunqueira.com, sob pena de nulidade.

Na sustentação oral da sessão de julgamento da 6ª Junta do CONSEF no dia 19/04/2022, a Dra. Lymara Franco Lemos, OAB/GO 45.305, representando o escritório de advocacia Bruno Junqueira, apresentou a informação de que a Notificada já recolheu o ICMS referente ao valor cobrado na Notificação Fiscal e solicita o adiamento do julgamento para que possa apresentar o comprovante do pagamento. Ficou acordado que seria enviado esse comprovante do pagamento para a Secretária desta junta para que fosse anexado ao processo, sendo adiado o julgamento do PAF para a próxima sessão, no dia 20/04/2022.

Apresentado via e-mail o comprovante de recolhimento do ICMS antecipação parcial do DANFE nº 503201 no valor de R\$ 9.252,07 e do DANFE nº 503202 no valor de R\$736,51 todos pagos em 28/09/2021.

Não consta Informação Fiscal no processo.

É o relatório.

## VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constante nos DANFEs nº 0503201 e 0503202 (fls.6/8) como está descrito no corpo da Notificação Fiscal.

Decorre da aquisição em outra unidade da Federação de mercadorias para comercialização, sem o pagamento da antecipação parcial estabelecido no artigo 12-A da Lei 7.014/96, antes da entrada no Estado da Bahia por contribuinte que não atendia ao estabelecido nos incisos III e IV, § 2º do art. 332 do RICMS-BA/12, para poder usufruir do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária.

*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 enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação 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*

Preliminarmente a Notificada pede que seja declarada a nulidade de todo o procedimento fiscal e o seu consequente arquivamento, sem qualquer imposição de penalidades à empresa, tendo em vista que o processo de constituição do crédito tributário feriu frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista a ausência de previsão legal válida para a cobrança da antecipação do ICMS-DIFAL, considerando que a impugnante adquire mercadorias para revenda e não para uso, consumo ou ativo imobilizado.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, não acolho a preliminar de nulidade apresentada na impugnação, pois entendo que: i) a descrição dos fatos na presente Notificação foi efetuada de forma compreensível, permitindo que a Notificada elaborasse sua defesa sem nenhum impedimento; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, estavam em plena vigência no momento da lavratura da Notificação Fiscal; iv) na ação fiscal foi cobrado a falta de pagamento do ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias destinadas a comercialização como está estabelecido no art. 12-A da Lei Estadual 7.014/96, não se tratando em momento algum de cobrança do ICMS-DIFAL; (v) não foi constatada violação ao devido processo

legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante aos levantamentos e documentos acostados aos autos, no momento da ciência da Notificação Fiscal. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art.18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito pede que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas pela fiscalização, em função da afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco em relação à aplicação da multa aplicada.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% na infração é prevista no art. 42, inciso VII, “d” da Lei 7.014/96, portanto, é legal.

Além disso, este colegiado julga os Processos Administrativos Fiscais na esfera administrativa, não tendo competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior, conforme estabelece o art.167, I e III do RPAF-BA/99.

*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.*

Na análise da peça defensiva, constato que o Impugnante se limita a questionar a constitucionalidade da ação fiscal, que como já foi esclarecido anteriormente, não é da competência deste órgão julgador, não apresentando nenhuma outra argumentação ou prova documental capaz de elidir a ação fiscal.

Na sustentação oral feita pela Dra. Lymara Franco Lemos, OAB/GO 45.305, representando o escritório de advocacia Bruno Junqueira, foi informado de que a Impugnante já havia recolhido o ICMS cobrado na Notificação Fiscal e apresenta via e-mail os respectivos comprovantes.

Em consulta ao INC- Informações do Contribuinte na página Relação de DAES, constato a existência dos pagamentos informados pelo Impugnante registrados no dia 28/09/2021, data posterior a lavratura da presente Notificação Fiscal, que foi lavrada em 27/09/2021.

Desta forma recomendamos que seja homologado o valor de R\$ 9.988,58 do imposto já recolhido.

Diante do exposto, resolvo julgar PROCEDENTE a Notificação Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **293259.0067/21-0**, lavrada contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.988,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos estabelecidos na Lei 9.837/2005. Recomendando a homologação do valor de **R\$9.988,58** do imposto já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2022.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS –JULGADOR