

N. F. Nº - 084138.0412/21-5
NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA
NOTIFICANTE - CORÁLIA PEREIRA PADRE
ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25.05.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 0091-06/22NF-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. Contribuinte comprovou ser celebrante do Termo de Acordo Atacadista Decreto 7.799/00 com benefício da redução de base de cálculo de 41,176% nas saídas internas, com alíquota equivalente a 10,58832%. Refeito a planilha do valor a cobrar. Rejeitada a arguição de nulidade. Infração subsistente parcialmente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 06/10/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, onde é exigido o ICMS no valor de R\$ 6.166,14, multa de 60% no valor de R\$3.699,68 perfazendo um total de R\$9.865,82, 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 4414521067/21-6 (fl. 4); ii) cópia do DANFE nº 86893 (fl.6); iii) cópia do DAMDFE nº 64 (fl.7); iv) Cópia da consulta ao cadastro de Contribuinte-Descredenciado (fl.9); v) Cópia do documento do veículo e CNH do motorista (fls.10/11).

O Notificado apresenta peça defensiva, através de advogados com anexos, às fls. 15/52, falando inicialmente da sua tempestividade.

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 6ª Junta do CONSEF no dia 20/04/2022, a Dra. Lymara Franco Lemos, OAB/GO 45.305, representando o escritório de advocacia Bruno Junqueira, além de apresentar a informação de que a Notificada já recolheu o ICMS referente ao DANFE nº 86983, cobrado na Notificação Fiscal, sustenta que a Impugnante é beneficiária do Termo de Acordo dos Atacadistas (Decreto 7799/00), que altera substancialmente o valor do ICMS antecipação

parcial em razão da redução da base de cálculo em 41,176%. Desta forma, foi adiado o julgamento para a próxima sessão no dia 26/04/2022, para que possa ser revisto o valor efetivamente devido pela Impugnante em razão do benefício do referido Termo de Acordo.

Apresentado via e-mail o comprovante de recolhimento do ICMS antecipação parcial do DANFE nº 86983 no valor de R\$ 2.084,23, pago em 06/10/2021.

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 no DANFE nº 86893 (fl.6) 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 é beneficiária do Termo de Acordo dos Atacadistas (Decreto 7.799/00), que reduz a base de cálculo em 41,176% nas saídas internas resultando em uma alíquota de 10,58832%. Apresenta posteriormente, via e-mail os respectivos comprovantes.

Em consulta ao INC - Informações do Contribuinte da SEFAZ na página Relação de DAES, constato a existência do pagamento informado pelo Impugnante registrados no dia 06/10/2021, data posterior a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal que deu início a ação fiscal, em 04/10/2021.

Desta forma recomendamos que seja homologado o valor de **R\$2.084,23** do imposto já recolhido.

Consta também, na página Processos Tributários do INC, que a impugnante se credenciou para usufruir dos benefícios do Decreto 7.799/00 através do processo 03512120216, com o parecer 5057/2021, deferido e tendo efeito de 01/08/2021 a 31/08/2022.

Consultando a planilha elaborada pelo Notificante percebo que não foi aplicada a redução na base de cálculo que o Impugnante tem direito, graças ao credenciamento no Termo de Acordo dos Atacadistas (Decreto 7.799/00), devendo ser refeita a planilha para o novo valor a ser cobrado referente à diferença da Antecipação Parcial do ICMS.

Nº DANFE	VL OPERAÇÃO	REDUÇÃO	BC REDUZIDA	ICMS (18%)	CRÉDITO ICMS	ICMS A PAGAR
86893	55.074,00	41,176 %	32.396, 73	5.831,41	3.747,18	2.084,23

Diante do exposto, resolvo julgar pela PROCEDÊNCIA PARCIAL a Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **084138.0412/21-5**, lavrada contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.084,23**, 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\$2.084,23** do imposto já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2022

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR