

A. I. N° - 084138.0287/21-6
AUTUADO - CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.
AUTUANTE - CORÁLIA PEREIRA PADRE
ORIGEM - DAT SUL - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/10/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-03/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O Autuado não logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Restou constatado que se encontrava na condição de “Descredenciado - Motivo Contribuinte com restrição de crédito - Dívida Ativa”, perante o CAD/ICMS-BA. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acolhida. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/08/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$ 54.909,39, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo acostado à fl. 04, em razão da constatação do cometimento da **Infração 01 - 054.005.008**. Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Consta na “Descrição dos Fatos”: Falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias acobertadas pelo DANFE n° 000246657, procedente de outra Unidade da Federação e destinadas para comercialização à contribuinte neste Estado com a IE descredenciada no CAD-ICMS-BA. O lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal n° 441452.1018/21-5, que é parte integrante deste Processo. ”.

O sujeito passivo, às fls. 24 a 40, apresenta Impugnação aduzindo suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Diz ser uma pessoa jurídica de direito inscrita no CNPJ sob n° 06.147.451/0009-90, estabelecida na Rod BR 101, Distrito de Sergi, s/n, São Gonçalo dos Campos/BA, CEP 44.330-000, em que tradicionalmente atua no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal. Nesse contexto é que realiza inúmeros negócios jurídicos, dentre eles a comercialização.

Registra que, quando do trânsito das mercadorias para este Estado, foram apreendidas no Posto Fiscal Benito Gama - Termo de Apreensão n° 441452.1018/21-5 - sob a alegação 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 previstos na legislação fiscal. Ato contínuo, diz que foi lavrado o Auto de Infração em epígrafe para exigência de ICMS, no valor histórico de R\$ 54.909,39 que, de acordo com a Fiscalização, incorreu em violação a artigos do RICMS-BA/96, imputando a multa prevista na Lei n° 7.014/96, e suas alterações, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Afirma serem as exigências insubsistentes, razão pela qual se socorre da presente impugnação, visando o cancelamento do Auto de Infração.

Registra que a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da autuação como um todo.

Pontua que, com o respeito devido à Fiscalização, necessário se 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 apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido.

Assinala que o Auto de Infração encerra em si flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o inciso LV, do art. 5º, da CF/88. Destaca que em observância a esse preceito, registra ser imprescindível que estejam presentes todos os elementos para plena identificação da infração que suporta a lavratura do Auto de Infração para que possa associar os créditos cobrados aos supostos fatos que deram ensejo à exação, sempre com fundamento legal especificado.

Afirma não haver descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender as previsões do RPAF-BA/99, especificamente a alínea “a”, do inciso IV, de seu artigo 18.

A respeito desse tema, traz a colação entendimentos do Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior, extraído do Trabalho Acadêmico sobre Nulidades no Lançamento Tributário, que diz explicar muito bem a distinção entre vício formal e vício material, que destaca.

Afirma que, à luz do seu entendimento, que ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração, em tela.

Com o intuito de reforçar seu entendimento, traz aos autos jurisprudência de tribunais administrativos, com o destaque das ementas do Processo nº 37034.001695/2003-11, Relator: Elias Sampaio Freire, 22ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Data da sessão: 25/10/2011), bem como do Processo nº 37318000835/2007-81, Relator: Rycardo Henrique de Magalhães de Oliveira, Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Data da sessão: 07/10/2008).

Prossegue destacando que, apesar da nulidade que inquina a existência e validade da autuação, demonstrará a improcedência da peça impositiva em relação ao mérito da infração que lhe fora imputada, em observância ao princípio da eventualidade.

Ao cuidar do mérito da autuação, destaca ser, conforme já mencionado, empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, tendo como objeto social:

- a) o comércio e distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes e domissanitários;
- b) a comercialização de roupas e acessórios de vestuário em geral, roupa de cama, mesa e banho, papel, livros, impressos de todos os tipos, material didático e de desenho, cadernos, jogos, fitas de vídeo, CDs, artigos e utensílios de uso pessoal, eletrônicos, utensílios domésticos, matéria plástica e têxtil em geral;
- c) exportação de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes, domissanitários, de vestuário em geral, roupa de cama, mesa e banho, móveis, materiais de construção e materiais elétricos;
- d) a participação em outras sociedades, empresárias ou simples, nacionais ou estrangeiras, como sócia, quotista ou acionista;
- e) fornecimento de carga para cartão presente (vale presente) por conta de terceiro;
- f) atividades de teleatendimento;
- g) comércio varejista de produtos de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes e domissanitários.

Assinala que sempre cumpriu corretamente com suas obrigações tributárias, obedecendo ao Regulamento do ICMS e demais legislações aplicáveis neste Estado, e foi surpreendido com a autuação e nesta oportunidade pretende demonstrar o equívoco cometido por parte do fisco baiano.

Menciona que, conforme exposto, trata-se de auto de infração, lavrado pelo Posto Fiscal Benito Gama, pata exigência de ICMS e multa, por entender que houve *“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”*.

Esclarece 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.

Registra que o RICMS-BA/12 estabelece no § 2º, de 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.

Revela que, na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Observa 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.

Explica 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.

Registra que ao Fisco é conferido uma gama de poderes para a persecução dos objetivos arrecadatórios, visando aumento das riquezas do Estado e a manutenção da máquina pública, em benefício do interesse comum.

Aduz que estes poderes, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, como já afirmado anteriormente, já que os atos administrativos fiscais que não atendam aos 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 (Recurso Especial nº 493.811-SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, julgado em 11 de novembro de 2003).

Após trazer outros entendimentos da possibilidade de o Poder Judiciário exercer determinado controle do ato administrativo discricionário do Estado, pontua que, a auto executoriedade dos atos administrativos se liga à sua função de promover o interesse público e zelar por sua preservação. Diz tratar, porém, do interesse público primário, isto é, do interesse da coletividade.

Destaca que, nada justifica, porém, a auto executoriedade da cobrança de tributos pelo Fisco ou a utilização de outros meios coativos com a mesma finalidade, cuja adoção direta é com o interesse patrimonial, pecuniário do ente público - o interesse público secundário - e não com o interesse público primário (BARROSO & BARCELOS, 2007, P.242).

Arremata frisando que o Fisco Estadual dispunha das ferramentas próprias a persecução do crédito tributário, não poderia ter sido omissa na utilização das mesmas, gerando cenário de insegurança jurídica, 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.

Pondera que, sem prejuízo do inafastável direito que lhe socorre, cumpre analisar, ainda, outros aspectos abusivos do presente Auto de Infração, em tela.

Observa que o presente lançamento fundamentou a multa aplicada ao disposto no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, o qual estabelece a aplicação de multa no percentual de 60%, *in*

verbis:

Art. 42 Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação por contribuinte do regime normal de apuração, nas hipóteses regulamentares;

Sustenta que a aplicação da multa na razão de 60% se mostra desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal no seu art. 150, IV, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Diz que o princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações do poder de tributar. Traz entendimento do estudioso do direito Hugo de Brito Machado que destaca.

Após trazer aos autos outros entendimentos de juristas pátrios, além de decisões de outros tribunais administrativos sobre autuações fiscais com entendimento de caráter confiscatório, diz que, em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, à previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Impugnante, 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.

Protesta pela juntada posterior do instrumento de mandato, regularizando sua representação processual, nos termos do art. 104, § 1º, do CPC 2015.

Requer que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos do Autuado constante no rodapé de sua Impugnação.

Pugna pelo deferimento de todos os meios de provas admitidas em direito, com a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, bem como a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do art. 5º, da CF/88, para o fim de:

- a) acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, com o cancelamento do lançamento objeto do mesmo;
- b) caso não seja acatada a preliminar de nulidade acima arguida, que, no mérito, seja julgada improcedente a autuação, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando a multa em percentual confiscatório, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS-BA/12.

A Autuante, às fls. 75 a 79, presta Informação Fiscal nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente registra que o Impugnante, por seus advogados, busca se afastar da obrigação tributária suscitando, preliminarmente e, em apertada síntese, ser o crédito tributário nulo/inválido sob o argumento de um suposto “cerceamento ao direito de defesa”, fl. 26. Justifica alegando que foram capituladas infrações sem “expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação” reforçando “não haver descrição clara dos fatos que configuram a infração”, fl. 27. Quanto ao mérito, destaca que o Defendente afirma, tão-somente, haver “inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos”, fl. 32 e “caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada”, fl. 36.

Assinala que, com o devido recato não podem prosperar as pretensões do Impugnante pelos motivos que a seguir destaca.

Informa que, de fato, foi o Auto de Infração em epígrafe lavrado e acompanhado do indispensável Termo de Apreensão de nº 4414521018/21-5, quando do exercício do Poder Administrativo de Polícia, durante fiscalização ostensiva de mercadorias em trânsito no Posto Fiscal Benito Gama.

Esclarece que durante a fiscalização fazendária constatou-se que as mercadorias (produtos de beleza) acobertadas pelos DANFE nº 246657, tais mercadorias, conforme se depreendeu dos referidos documentos fiscais procediam do Estado do Paraná e estavam destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado da Bahia, no caso, o Impugnante. Destaca que tudo foi devidamente registrado nos referidos atos administrativo que ainda trazem os dados do contribuinte e da lavratura, a descrição dos fatos, os dados do transportador, a infração e o termo de depósito, este último, no Termo de Apreensão.

Afirma não existir qualquer vício de forma, já que não se constata omissão ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

Sustenta não haver vício quanto ao objeto do ato, o que também não foi alegado, já que não houve qualquer violação de lei, regulamento ou outro ato normativo, não havendo também qualquer o desvio de finalidade, o que também não foi alegado, já que praticou o ato visando a fim previsto na regra de competência.

Frisa que inexistente, como pretende fazer crer o Impugnante, qualquer vício quanto aos motivos do ato, já que a matéria de fato e de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente existente ou juridicamente adequada. Aliás, pondera, que momento algum da peça defensiva o Impugnante nega o fato de estar descredenciado no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, fato. Portanto, incontroverso.

Assevera que exatamente por isso, se revela absurda, com o devido melindre, a pretensão de nulidade, sob a alegação de não haver clareza quanto aos fatos que configuram a infração.

Observa que o Impugnante, de forma genérica, traz meras alegações, dada a licença, na sua pretensão de desconstituir os fatos alegados e provados nos atos administrativos - Termo de Apreensão e Auto de Infração-, e, até os reconhece expressamente: “Com efeito, o descredenciamento da Impugnante 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.” fl. 32.

Afirma ser cediço que o RICMS-BA/12, em seu art. 332, impõe o recolhimento do ICMS antes da entrada da mercadoria neste estado da Bahia, nos seguintes termos:

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;

Reafirma ser incontroverso que o Impugnante adquiriu mercadoria tributada de outra unidade da Federação e, para tentar a improcedência da autuação alega, no mérito da peça defensiva, inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadoria como sanção para recolhimento de tributos.

Registra que cabe, sobre o tema, colacionar dispositivo do Capítulo V (Das Infrações e das Penalidades) da Lei 7.014/96, que Trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), e dá outras providências:

“Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 1º Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem.

§ 2º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidóneo, como definidos em regulamento.

§ 4º Considera-se também em situação irregular a mercadoria exposta a venda, armazenada para formação de estoque ou oculta ao fisco por qualquer artifício, sem documentação que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido.

§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal. ”

Destaca que a clareza do texto normativo é solar.

Afirma que aparentemente, tenta o Impugnante mudar os fatos, associando a apreensão das mercadorias a uma suposta sanção para recolhimento de tributo, mas, encontra barreira nos documentos acostados ao PAF. O Termo de Apreensão foi lavrado no dia 05 de agosto de 2021 e, neste momento, fora designado o próprio contribuinte como Fiel Depositário das mercadorias. O Auto de Infração foi emitido em momento posterior no dia 17 de agosto de 2021. Ressalta, como se depreende da regra cogente supramencionada, que mercadorias em situação irregular serão (imperatividade) apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Assevera que a apreensão foi condição indispensável, no caso presente, para a lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em sanção para recolhimento do tributo.

Lembra acerca do dever do administrado de expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé e, colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Quanto ao alegado caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada volta-se a colacionar dispositivo Lei 7.014/96:

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;

Registra que o Impugnante se encontra em situação de descredenciamento com restrição de crédito - Dívida Ativa, fl. 12, e que a regularidade fiscal das empresas é condição indispensável para o seu funcionamento regular, inclusive porque o não pagamento de tributos confere grande vantagem competitiva no mercado às empresas inadimplentes, afetando, por óbvio o livre mercado.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que, ao capitular as infrações sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas

fazendo menção às previsões legais aplicáveis, está a autoridade fiscal impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido, fato este que lhe causou cerceamento ao direito de defesa.

Ao analisar as peças que compõem a acusação fiscal, constato que não assiste razão ao Defendente. Eis que, a clara descrição da irregularidade apurada, de natureza simples, por se tratar de uma ação fiscal no Trânsito de Mercadorias, a regular qualificação do autuado, o local e a data da lavratura, e o Termo de Apreensão de nº 441452.1018/21-5, com a devida caracterização da ocorrência fiscal, com demonstrativo de apuração do *quantum debeatur* e identificação da Empresa Transportadora, bem como a indicação da legislação infringida e da penalidade aplicada, evidenciam de forma inequívoca o atendimento das formalidades preconizadas pela legislação de regência, inexistindo, em especial os elementos preconizados nos incisos de I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o presente Auto de Infração.

Ademais, a desenvoltura com que o Impugnante alinhou suas razões de Defesa não deixa dúvida de que apreendera perfeitamente o cometimento da infração que lhe fora imputada, exercendo plenamente seu direito de defesa constitucionalmente previsto. Logo, não há que se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa, razão pela qual afasto este pedido de nulidade.

Cabe destacar ainda que o Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, ao disposto nos arts. 39, 40, 41 e 42, do RPAF-BA/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de diligência para revisão por estranho ao feito, fica indeferido o pedido, com base no inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos já contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, versa o presente lançamento fiscal, de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$ 54.909,39, decorrente da falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, com enquadramento na alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/12, c/c art. 12-A; inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada na alínea “a”, do inciso II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

Assim dispõe o art. 12-A, da Lei 7.014/96, à época dos fatos geradores, *in verbis*:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Também, assim dispõe a alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos, *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;

Neste contexto, o Auto de Infração resultou de uma ação de fiscalização no Trânsito de Mercadorias, realizada por Auditora Fiscal, em que identificou o transporte de mercadorias para comercialização acobertado pelo DANFE nºs 000246657, fl. 07 e 08, com data de emissão em 02/08/2021 e saída na mesma data, por meio do Modal Rodoviário, acobertado pelo DACTE nº 41628, fl. 16, procedentes de outra Unidade da Federação e destinadas a Contribuinte neste Estado, com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida”, no caso em tela, o Autuado, CALAMO

DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A, na forma do documento de fl. 12, conforme ocorrência fiscal descrita no Termo de Apreensão de nº 441452.1018/21-5, fls. 04 e 06, lavrado em 05/08/2021 e a consequente lavratura do Auto de Infração, ora em lide, com apuração do débito na forma do demonstrativo à fl. 04.

No caso em tela, em relação ao mérito não há lide, uma vez que as arguições de improcedência da autuação, pelo sujeito passivo, decorrem eminentemente de vícios por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada.

Sobre a arguição de vício por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, também, não é o que se constata dos autos. A Autuante no cumprimento do seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, no caso em tela, observando que o Autuado não cumpria um dos requisitos que autorizava o recolhimento do imposto (ICMS) por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao do Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (MDF-e), vinculado ao DANFE nº 000246657, oriundo do Estado do Paraná, objeto da autuação, mais especificamente o inciso II, do § 2º, do art. 332, do RICMS-BA/12, abaixo reproduzido, ou seja, identificando, como consta à fl. 12, que o Estabelecimento autuado se encontra “Descredenciado - Motivo = Contribuinte com restrição de crédito-Dívida Ativa”, constituiu o presente lançamento para exigir imposto (ICMS) por antecipação na entrada do primeiro posto fiscal deste Estado, o Posto Fiscal Jaime Baleeiro, dado o sujeito passivo não apresentar qualquer documento fiscal que comprovasse o seu recolhimento antes da entrada no território deste Estado, na forma do art. 332, inciso III, alínea “b”, acima destacado:

“§ 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:

(...)

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;”

No que concerne à restrição do inciso II, do § 2º, do art. 332, do RICMS-BA/12, acima destacado, consigno inexistir nos autos qualquer documento acostado pelo Autuado, demonstrando que não estava com restrição cadastral - dívida ativa no CAD-ICMS/BA, à época dos fatos geradores, ou qualquer medida judicial protetiva de suspensão da exigibilidade do crédito inscrito na dívida ativa do Estado da Bahia.

Quanto à irresignação do Autuado do caráter confiscatório e desproporcional da imposição da multa aplicada, pela ocorrência imputada na autuação, diz respeito ao percentual de 60%, capitulada no dispositivo do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, que assim destaca:

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; ”

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois, em conformidade com a alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, é a devida para a infração cometida. Saliento, entretanto, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza os incisos

I e II, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Sobre o Termo de Apreensão de nº 441452.1018/21-5, fls. 05 e 06, lavrado em 05/08/2021, é um pré-requisito para constituição do crédito tributário no trânsito de mercadoria, através de Auto de Infração, como assim assertivamente procedeu a Autuante, com a lavratura do Auto de Infração, ora em lide, e não foi emitido com o intuito de persuadir o Autuado ao pagamento do tributo, mas, tão-somente, atender ao § 5º, do art. 40, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

(...)

§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Em sendo assim, consoante o que se observa da acusação, estando devidamente capitulada a acusação fiscal na legislação pertinente, sendo o imposto (ICMS) antecipação, a multa e sua base de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através do demonstrativo de fl. 04, em perfeita sintonia com o documento fiscal, o DANFE nº 000246657, fl. 07, concluo pela subsistência da exigência fiscal.

Quanto ao pedido do patrono do Impugnante para que as publicações relativas ao presente feito sejam enviadas para seu endereço, constante em sua peça defensiva, saliento que não há óbice para que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo, também ao endereço indicado. No entanto, observo que as regras seguidas pelo CONSEF sobre intimações e ciência dos processos são aquelas estampadas no art.108 e 109, do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Do 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 **084138.0287/21-6**, lavrado contra **CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 54.909,39**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea, “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA