

N. F. Nº - 300449.0310/21-3
NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA.
NOTIFICANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.07.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-06/22NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Comprovada a entrada de mercadorias no território baiano, com fito de comercialização, sem recolhimento do imposto. Sujeito Passivo encontrava-se na condição de descredenciado, perante o Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal. Alegações defensivas elidem parcialmente a autuação. Contribuinte beneficiário de Termo de Acordo Atacadista, vigente à época da fiscalização. Fato desconsiderado pelo Notificante, quando da apuração do imposto devido. Cálculos refeitos. Rejeitada arguição de nulidade. Instância única Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 20/10/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 13.676,04, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 8.205,62, perfazendo um total de R\$ 21.881,66, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração – 01: 54.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS referente a 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.

Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva em 17/01/2022 (fls. 17/72), através de advogado, alegando inicialmente a tempestividade da impugnação e reproduzindo o conteúdo do lançamento, para em seguida afirmar que o Impugnante jamais deixou de recolher os tributos devidos pela sua atividade e que as penalidades aplicadas infringem os princípios constitucionais da razoabilidade, do não confisco, e da capacidade contributiva.

Assevera que o Estado da Bahia, com a edição da Lei nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/96, inseriu a cobrança da Antecipação Tributária Parcial, cuja natureza nada difere do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Observa que o suposto fato gerador da infração ocorreu em 17/10/2021 e o lançamento, ora impugnado, foi lavrado em 20/10/2021. Ocorre que em 24/02/2021 o STF analisou o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469, concluindo que os Estados não podem exigir o diferencial de alíquotas do ICMS, até que seja editada Lei

Complementar Federal para disciplinar a cobrança.

Afirma que o art. 12-A da Lei Estadual 7.014/1996, bem como a alínea “b” do inciso III do art. 332 do Decreto 13.780/2012 são inconstitucionais, pois ampliam a incidência do recolhimento do DIFAL. A Constituição Federal, no seu inciso VII do §2º do art. 155 prevê o DIFAL quando as mercadorias e serviços destinam-se a consumidor final. Contudo, o Estado exige, também, para contribuinte do imposto.

Alega que a Lei Estadual nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/1996 trouxe normas gerais acerca dos elementos do tributo em questão mediante espécie legislativa diversa da exigida pela Constituição, o que entende violar o Princípio da Legalidade Tributária. Assim sendo é inconstitucional a definição de tributos e suas espécies, seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes mediante Lei Ordinária.

Diz ser ilegal e confiscatória a multa aplicada na ordem de 60%, o que contraria princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade, do não confisco e da capacidade contributiva. Para embasar a alegação, cita o disposto no inciso IV do art. 150 da CF e decisões do Supremo Tribunal Federal, que tratam do assunto. Isto posto, requer a redução da sanção para um percentual máximo de 20%.

Finaliza a peça defensiva, requerendo: 1) preliminarmente, a nulidade de todo o procedimento fiscal e consequente arquivamento, sem imposição de penalidades a empresa, tendo em vista que o processo de constituição do crédito feriu frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa; 2) preliminarmente, que seja indeferido o lançamento, haja vista a ausência de previsão legal válida para a cobrança da antecipação do ICMS DIFAL, considerando que as aquisições são para revenda e não para uso, consumo ou ativo imobilizado; 3) no mérito, que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas, em razão da afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco; 4) subsidiariamente, entendendo pela legalidade da multa imposta, que seja esta reduzida no percentual máximo de 20%, conforme jurisprudência do STF, e 5) a concessão do prazo de 15 dias para a apresentação de procuração nos termos do art. 104 do CPC; e 6) que todas as publicações e intimações, referentes ao processo sejam realizadas, exclusivamente em nome do advogado BRUNO LADEIRA JUNQUEIRA, OAB/DF 40.301 e na OAB/MG 142.208 e CPF nº 102.087.326-40, e-mail: controladoria@bjunqueira.com, sob pena de nulidade.

Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 13.676,04, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 8.205,62, perfazendo um total de R\$ 21.881,66 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte DESCREDENCIADO, por ter menos de seis meses de atividade (fls. 01 e 09). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelo DANFE de nº 760.637, emitido em 16/10/2021 (fl. 06).

Em síntese, na Impugnação apresentada, o sujeito passivo alega que o Estado da Bahia, com a edição da Lei nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/96, inseriu a cobrança do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, o que considera inconstitucional. Afirmando que os Estados não podem exigir o diferencial de alíquotas do ICMS, até que seja editada Lei Complementar Federal para

disciplinar a cobrança.

Alega ser ilegal e confiscatória a multa aplicada na ordem de 60%, o que contraria princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade, do não confisco e da capacidade contributiva. Para embasar a alegação, cita o disposto no inciso IV do art. 150 da CF e decisões do Supremo Tribunal Federal, que tratam do assunto. Isto posto, requer a redução da sanção para um percentual máximo de 20%.

Inicialmente, cumpre destacar que a defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando problemas de intempestividade. Entendo que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Na presente Notificação Fiscal, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal. Pelo que rejeito o pedido de nulidade formulado pelo Notificado.

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo que: 1) conforme consulta realizada nos Sistemas da SEFAZ/BA (fl. 09), quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, o Contribuinte encontrava-se, de fato, na condição de DESCREDENCIADO no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, por ter menos de seis meses de atividade. Fato reconhecido pelo Notificado na Impugnação; 2) O Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado em 17/10/2021 (fl. 04) e 3) A lavratura da Notificação ocorreu em 21/10/2021 (fl. 01).

Registro que no dia 19/07/2022 foi enviado e-mail com 05 (cinco) anexos, por representante legal do Contribuinte, para a secretaria desta junta, solicitando a juntada de Petição Intercorrente informando o cálculo do imposto e respectivo recolhimento.

Na petição supra são reiteradas as alegações realizadas na Impugnação apresentada em 17/01/2022, com acréscimo das seguintes afirmações: 1) a empresa realizou a quitação da operação acobertada pela NF-e nº 760.637 em 24/11/2021 e 2) a empresa é beneficiária de Termo de Acordo Atacadista instituído pelo Decreto nº 7799/2000.

Após análise destes documentos, bem como consultas efetivadas nos Sistema de Controle de Pareceres Tributários e Sistema de Informações do Contribuinte, ambos da SEFAZ/BA, restou comprovado que o Notificado é beneficiário do Termo de Acordo Atacadista, assim como que recolheu, de fato, no dia 24/11/2021, um valor principal equivalente a R\$1.340,99, cujo código de receita foi o 2175, concernente ao mês de novembro/2021. Esta quitação, conforme DAE nº 2110663994, anexo à petição, contém a menção no campo “Informações Complementares” de que se refere exclusivamente à operação acobertada pela NF-e nº 760.637. **Destaque-se que este recolhimento ocorreu em data posterior ao início da ação fiscal.**

Cabe ressaltar que o Notificado se encontrava DESCREDENCIADO, por ter menos de 06 (seis) meses de atividade, quando da realização da ação fiscal. Portanto, uma vez nesta condição, deveria o mesmo ter quitado o respectivo imposto antes da entrada neste Estado das mercadorias adquiridas, **o que não ocorreu**, descumprindo, assim, o que determina a alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/2012 c/c o §2º do mesmo artigo, a seguir transcritos.

“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;

(...)

§ 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;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

(...)”

Pertinente mencionar que, uma vez beneficiário de Termo de Acordo Atacadista, firmado com o Estado da Bahia, de um lado, para a operação acobertada pelo DANFE nº 760.637, isto lhe possibilitava a redução da base de cálculo em 41,176%, disposta no art. 1º do Dec. nº 7.799/00, e, de outro, limitava o direito ao crédito fiscal a um percentual máximo de 10%, conforme estabelecido no art. 6º do mesmo Decreto, *in verbis*:

“Decreto nº 7.799/00

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas nos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda no mínimo, em cada período de apuração do imposto, nos seguintes percentuais de faturamento:

(...).

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

(...)

Imperioso destacar que o Notificante laborou em erro ao efetuar os cálculos do ICMS a recolher no seu demonstrativo de cálculo do imposto devido, por não considerar a redução de base de cálculo supracitada. Pelo que, foram refeitos os cálculos do ICMS Antecipação Parcial exigível, conforme tabela a seguir.

DANFE	BASE DE CÁLCULO	BASE DE CÁLCULO REDUZIDA (41,176%)	ICMS (18%)	CRÉDITO (10%)	ICMS A RECOLHER
760.637	R\$ 227.934,00	R\$ 134.079,90	R\$ 24.134,38	R\$ 22.793,40	R\$ 1.340,98

Em relação às alegações do Impugnante, que tratam da inconstitucionalidade de leis e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de inconstitucionalidade, temas sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal, haja vista a redução do valor de imposto inicialmente exigido de R\$13.676,04, para R\$ 1.340,98. Recomendando que seja homologado o valor já quitado pelo Contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **300449.0310/21-3**, lavrada contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA.**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 1.340,98**, acrescido da multa de 60%, estabelecida no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais. Assim como, recomendando que seja homologado o valor já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2022.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR