

A. I. Nº - 281394.0122/21-2
AUTUADO - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-05/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas de mercadorias adquiridas destinadas a comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Requisitos previstos no inciso II, do art. 332 do RICMS/12, que autoriza 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 respectivo DANFE. Rejeitada a nulidade suscitada. Indeferido o pedido de realização de perícia fiscal. Não acolhido o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/09/2021, acusa o cometimento da seguinte infração:

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 a informação de que as mercadorias procedentes de outros Estados são destinadas a comercialização por: “... *contribuinte do Estado da Bahia cuja Inscrição estadual encontra-se no cadastro SEFAZ na condição de DESCREDENCIADO...*” por não atender a legislação tributária, conforme DANFEs nº 248016 e 248023 Termo de Apreensão 2176811051/21-5 (2021) - R\$ 58.690,55. Multa de 60%.

O sujeito passivo, às fls. 21/38, por meio da advogada Pérola de Abreu Farias Carvalho, OAB/BA 23.785, inicialmente ressalta a tempestividade da impugnação e que atua no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, dentre eles a comercialização de suas mercadorias.

Esclarece que quando conduzia mercadorias para este Estado, foram apreendidas no Posto Fiscal Benito Gama - Termo de Apreensão nº 217681.1051/21-5, sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos estabelecidos na legislação fiscal, lavrando o auto de infração.

Preliminarmente, suscita a nulidade do auto de infração por incorrer em vício material, tendo em vista que ao capitular a infração não aponta as razões em que se pauta a autuação, fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido, constituindo flagrante cerceamento de defesa, nos termos do art. 5º, LV da CF/88, cujo teor transcreve.

Em seguida discorre sobre lançamento, cita doutrinadores, requisitos previstos no art. 142 do CTN, cita decisões sobre a ocorrência de vícios insanáveis (formal e material) que culminou em

nulidade (Processo 37034.001695/2003-11 e 37318.000835/2007-81) das Câmaras do Conselho de Contribuintes), registra que é 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.

Alega que na situação presente, não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender às previsões contidas no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal/BA.

No mérito, reafirma que atua no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, tendo como objeto social o comércio e distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, saneantes e domissanitários, além de atividades de comercialização de roupas, vestuário, exportação, participação em sociedades, fornecimento de carga para cartão e tele-atendimento.

Afirma que trata-se de auto de infração lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, para exigência de ICMS pela *“falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (produtos de beleza) procedentes de outra unidade da Federação e destinadas para comercialização à contribuinte neste Estado com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA”*.

Ressalta que a antecipação parcial 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 § 2º do art. 332 do RICMS/BA, prevê 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, mas na hipótese de estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Argumenta que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, porque funciona como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo.

Esclarece 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.

Discorre sobre os poderes conferidos ao Fisco na persecução dos objetivos arrecadatários, manutenção da máquina pública em benefício do interesse comum, cuja faculdade discricionária, encontram limites na Constituição Federal, requerendo atos administrativos que atendam aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, não podendo ser ilegais, desarrazoados, desproporcionais, sem motivação, nem abuso de poder, sob pena de declaração de nulidade.

Neste contexto, cita texto de doutrinadores acerca da ilicitude na cobrança de tributos, utilização de meios coativos, mas obedecendo o devido processo legal nos termos do art. 5º, LV da CF, traduzido no postulado da proporcionalidade e razoabilidade, sem ferir os direitos fundamentais de propriedade, liberdade, livre comércio, exercício de trabalho, ofício ou profissão previstos na CF.

Alega que procedimentos administrativos como apreensão de mercadorias para exigência de imposto deve ser restringido conforme posicionamento do STF (fl. 36) e doutrinadores, de que deve ser utilizado meios adequados para cobrança de créditos tributários, atendendo ao interesse público da coletividade, mas não justifica a auto-executoriedade de cobrança de tributos por meios coativos.

Conclui afirmando que o Fisco Estadual dispunha das ferramentas para a persecução do crédito tributário e não poderia promover o descredenciamento de sua inscrição estadual, nem apreender mercadorias em trânsito, com lavratura do Auto de Infração, impedindo o exercício do

recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente, em razão da aplicação de sanção política.

Quanto ao percentual de 60% da multa aplicada, alega ser desproporcional e com efeito de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal no seu art. 150, IV. Cita texto de doutrinadores sobre o princípio da vedação do confisco, decisão proferida pelo TRF5/MS 2001.83.00.0158724/2002, configurando uma apropriação indireta do patrimônio do contribuinte, afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo por ter agido com boa-fé, a exemplo de julgamento proferido pelo Tribunal de Tributos do Estado de São Paulo (RE 57.904/SP).

Finaliza requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, juntada posterior dos documentos, realização de revisão fiscal por estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da CF/88, acolhendo a preliminar de nulidade e no mérito, improcedente a autuação, expurgando a multa em percentual confiscatório, aplicando-se a melhor norma constante do RICMS/BA, por ser medida de direito e justiça.

O autuante na informação fiscal de fl. 73, inicialmente discorre sobre os argumentos defensivos e esclarece que a empresa foi autuada por estar descredenciada para efetuar o pagamento do ICMS antecipação parcial nos prazos estipulados pela legislação tributária em vigor.

Quanto a nulidade suscitada, afirma que constatada a irregularidade foi lavrado o devido Termo de Apreensão das mercadorias e não existe o vício de forma alegado pelo defendente, nem violação a qualquer dispositivo de lei, visto que é fato incontroverso o descredenciamento do contribuinte do cadastro de ICMS.

No mérito, afirma que as alegações são improcedentes, visto que a exigência fiscal está amparada na alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS/BA, c/c a Lei nº 7.014/96, que prevê o pagamento do ICMS antecipação parcial antes da entrada no território do Estado, quando o contribuinte estiver descredenciado.

Ressalta que a apreensão da mercadoria foi feita em conformidade com o disposto no art. 42, § 5º da Lei 7.014/96, devidamente documentada com Termo.

Quanto a alegação de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, afirma que o percentual de 60% é previsto no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Por fim, destaca que estando o contribuinte descredenciado por restrição de crédito em dívida ativa, a regularização do cadastro é indispensável para o seu funcionamento, visto que o não pagamento de tributos confere grande vantagem competitiva no mercado para empresas inadimplentes. Requer que o lançamento seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, por estar descredenciado.

Quanto a nulidade suscitada do lançamento sob o argumento de que a capitulação da infração não aponta as razões em que se baseou a autuação, cerceando o seu direito de defesa, vejo que não procede, tendo em vista que o Auto de Infração, Termo de Apreensão, descrição dos DANFES (nº 248016 e 248023), as mercadorias apreendidas (produtos de beleza), demonstrativo de débito (fl. 3) base de cálculo (valor constante do documento fiscal), a alíquota aplicada e o imposto exigido, com dedução dos créditos constantes nos DANFES e valor do imposto a pagar, evidenciam a infração.

Além disso, o Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias e consta na descrição da infração que a exigência do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL foi feita antes da entrada da mercadoria no território do Estado em virtude de o contribuinte estar descredenciado, fato que reconheceu na impugnação apresentada. Portanto, todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base da lavratura do Auto de Infração foram lavrados e

entregues ao contribuinte.

O Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos) em conformidade com os arts. 38 a 41 e 44, do RPAF/BA, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa, inexistindo inobservâncias formais ou materiais, que conduzam à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal. Por isso, fica rejeitado o pedido de nulidade formulado.

Com relação ao pedido de realização de perícia, a mesma tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, que não é o caso da situação que se apresenta, por não ser necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão. Por isso, fica indeferido o pedido, nos termos do art. 147, II, “a” do RPAF/BA.

No mérito, foi alegada inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos.

Quanto ao questionamento sobre a legalidade constitucional para proceder a apreensão da mercadoria, ressalto que o art. 40, § 5º da Lei 7.014/96, prevê a apreensão de mercadoria em situação irregular, mediante emissão de termo para documentar a infração e constituição de prova material, como de fato aconteceu, procedimento que é previsto no art. 28, IV do RPAF/BA, com emissão do Termo de Apreensão nº 2176811051/21-5. Não cabe ao CONSEF se pronunciar sobre a constitucionalidade nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Destaco ainda que em relação ao argumento de que a apreensão impede o exercício de atividade mercantil, o documento de fl. 6 comprova que a mercadoria foi imediatamente liberada mediante Termo de Depósito em que o próprio autuado ficou como fiel depositário.

Conforme relatado pelo próprio impugnante, a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias através da apreensão das mesmas, consignadas nos DANFes nºs 248016 e 248023, indicando no Termo de Ocorrência Fiscal que foi constatada a irregularidade por no momento da abordagem no Posto Fiscal, o contribuinte encontrar-se descredenciado, não gozando do benefício previsto no § 2º, do inciso II, do art. 332 do RICMS/12, para recolher o ICMS antecipação parcial no mês subsequente.

O art. 12-A da Lei nº 7.014/96 estabelece:

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.

Por sua vez, o RICMS/12, a respeito do momento do recolhimento do imposto determina que:

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: (Grifo acrescido)

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

Conforme consulta formulada sobre a Inscrição Estadual (fl. 11) no momento da abordagem no Posto Fiscal, o contribuinte se encontrava na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, informação constante no Termo de Apreensão de nº 217681105/21-5 (fl. 4).

Consequentemente, por dever legal, o estabelecimento autuado estava obrigado a recolher o ICMS devido por antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, destinadas a

comercialização.

Ressalte-se que diante do levantamento fiscal e demonstrativos que foram juntados ao processo e fornecido ao sujeito passivo, na impugnação apresentada não foi feito qualquer questionamento sobre os cálculos do imposto reclamado.

Pelo exposto, fica mantida a exigência do imposto, ressaltando que já ocorreram diversas outras autuações em decorrência do DESCREDENCIAMENTO do contribuinte a exemplo dos Acórdãos JJF 0230-04/20; JJF 0269-04/21; JJF 0273-06/20; JJF 0278-04/20; JJF 0431-06/21 e JJF 0446-06/21.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I do RPAF/BA. Ressalto que conforme indicado no demonstrativo de débito de fl. 2, o art. 45 da Lei 7.014/96 indica que o valor da multa aplicada com percentual de 60% pode ser reduzido em até 70%, o que em termos efetivos pode redundar em valor menor do que o percentual grafado no auto de infração.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Por fim, observo que não há nenhum óbice que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/BA.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0122/21-2**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.690,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR