

PROCESSO - A. I. Nº 084138.0293/21-6
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0157-02/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/03/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0029-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Não compete ao CONSEF declarar inconstitucionalidade ou deixar de aplicar norma editada por autoridade superior. Inteligência do art. 167 do RPAF/BA. Preliminares rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0157-02/22-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 17/08/2021 no valor histórico de R\$101.461,34, abordando a seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 054.005.008 – 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.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de uma infração, tempestivamente impugnada.

A ação fiscal que resultou na autuação, foi resultado da fiscalização no trânsito de mercadorias ocorrida no Posto Fiscal Benito Gama, apesar de constar no corpo da peça inaugural ter ocorrido no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, quando da passagem de mercadorias procedentes do Paraná, destinadas à comercialização, tendo a agente fiscal constatado que estando o contribuinte descredenciado para recolher o ICMS referente a Antecipação Tributária Parcial até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, na forma prevista no § 2º do art. 332 do RICMS/2012, foi exigido o pagamento do ICMS Antecipação Parcial de imediato, tendo em vista que não foi providenciado pelo contribuinte o recolhimento antes da entrada das mercadorias no território baiano, consoante prevê o art. 332, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012.

Estabelecido no município baiano de São Gonçalo dos Campos, o sujeito passivo é inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e atua no ramo do comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria.

Constam apensados aos autos, fl. 04, o demonstrativo de débito elaborado de forma clara, contendo todos os elementos necessários à perfeita cognição da acusação; às fls. 05 e 06, o Termo de Apreensão de Mercadorias onde constam arroladas as notas fiscais eletrônicas dos DANFE's números 246.570 e 246.566, cópias anexadas às fls. 08 a 12, e cópia do DANFE correspondente ao MDF-e nº 037.333, fl. 13.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe que o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Indefiro o pedido de revisão fiscal na forma requerida, a ser efetuada por fiscal estranho ao feito, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

Quanto a arguição de que o indeferimento do pedido caracterizaria cerceamento ao direito de defesa, lembro que o entendimento nos tribunais administrativos assim não é o prevalente.

Cito como exemplo, decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.- CARF, cujo entendimento é de que a contribuição da prova para formação do convencimento da autoridade julgadora pode tomar como base apenas os elementos já constantes nos autos, portanto, o indeferimento da prova não configura cerceamento de defesa, tendo, após diversas decisões nesse sentido, editado a Súmula 163, a qual teve sua aprovação em 06/08/2021:

Súmula CARF nº 163

“O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis”.

A jurisprudência do TRF 1ª Região, também assim conduz seu entendimento conforme ementa: “Não configura ofensa ao devido processo legal o indeferimento de diligências requeridas pela defesa, se forem consideradas desnecessárias pelo órgão julgador a quem compete avaliar a conveniência e imprescindibilidade da produção de outras provas. Precedentes. Unânime. “ (APN 0039714-84.2009.4.01.0000/PI, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, julgado em 03/08/2011.)

A defesa argui nulidade do lançamento em razão de entender presentes “diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa” em razão de ter a fiscalização “... 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 contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido”.

Tais arguições nesse sentido não merecem prosperar uma vez que os fatos estão claramente narrados no Auto de Infração, os dispositivos legais que sustentam a infração estão objetivamente expostos, de forma que inexistente omissão de informações motivadoras de eventual prática de cerceamento de defesa.

Destarte, rejeito a arguição de nulidade.

A acusação fiscal se refere a falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias, com propósito de comercialização, acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas de DANFE's nº 246.570 e nº 246.566 emitidas em 31/07/2021 e destinadas ao contribuinte, ora autuada, que no período da ocorrência do fato gerador, encontrava-se descredenciado, conforme extrato de consulta cadastral dos registros da SEFAZ, fls. 14 e 15.

A defesa não nega ter adquirido mercadorias para comercialização sem ter efetuado antecipadamente o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial, lembrando que o RICMS/2012, prevê no § 2º do art. 332, que aos contribuintes regularmente inscritos no cadastro estadual, 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, sendo que na hipótese de o contribuinte estar descredenciado para usufruir desse benefício, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do ICMS, pois esta é a regra geral estabelecida no art. 332, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012.

A tese defensiva se fundamenta no entendimento que o descredenciamento do contribuinte funciona como sanção política, aplicada para fins de obrigá-lo a promover o recolhimento do tributo, decorrente de ato administrativo, face a existência de supostos créditos de ICMS com fase administrativa encerrada.

Arguiu ainda, que os poderes atribuídos ao Fisco, em benefício do interesse comum, encontram limite na Constituição Federal, vez que os atos administrativos que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático e de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, que pode declará-los nulos.

Alega ainda a autuada que o Fisco ao lhe impor o descredenciamento “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. “, argumentando que tal prática “Em um plano mais próximo, a inconstitucionalidade das sanções políticas é evidente porque implica em indevida restrição aos direitos fundamentais...”.

Apesar de tratar de alegação, cuja apreciação foge da competência dos órgãos julgadores administrativos nos termos do art. 167, inc. I do RPAF/99, cabe algumas considerações.

As chamadas sanções políticas tributárias se constituem em meios indiretos coercitivos de cobrança de tributos e decorrem de quaisquer imposições ou limitações de ordem administrativa, ainda que estabelecidas em lei, que obstem o exercício de direitos das pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade de forçá-las a pagar tributos.

Destaco, por oportuno o julgamento pelo STF que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 7.711/88, que dispunha sobre a obrigatoriedade da apresentação de Certidões Negativas de Débitos das empresas que precisassem formalizar operações de crédito, registrar contratos em cartórios ou formalizar alterações contratuais nas juntas comerciais, assim como transferência de domicílio para o exterior.

A inconstitucionalidade foi analisada e decidida no julgamento de duas ADI's: 173/DF e 394/DF, propostas pela

Confederação Nacional da Indústria e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sobre o julgamento, destaco trecho do texto disponível no sítio <https://www.migalhas.com.br/>:

“Apesar de se tratar da inconstitucionalidade de uma norma específica, o julgado é um precedente importante no questionamento das diversas exigências de regularidade fiscal presentes nas normas vigentes, tais como a exigência de certidão previdenciária, prevista na Lei 8.212/91, e necessidade de apresentação de Certidão Negativa de Débito às Juntas Comerciais para atos como fusão, cisão, aquisição, transferências de controle, entre outros.

Nos dizeres do Ministro Relator Joaquim Barbosa, extraído de seu voto na ADIn 173-6/DF, ‘entende-se por sanção política as restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício da atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos’. “

As sanções políticas tributárias têm o objetivo de acelerar a arrecadação, vez que coage o contribuinte a pagar o tributo antes do lançamento de ofício, sem que seja dado a ele a oportunidade de contraditar o evento fiscal que irá lhe estabelecer uma restrição ilegal de direitos constitucionais.

Para assegurar tais direitos, cada ente federado no exercício de competência constitucional para instituir impostos, deve atentar que as sanções deverão observar os limites constitucionais, sob pena de incorrer na edição de norma inconstitucional ou ilegal.

O Supremo Tribunal Federal editou as seguintes súmulas relativas ao assunto:

Súmula 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

Súmula 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Súmula 547: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

Todavia, nem toda restrição estabelecida em lei é considerada sanção política tributária. As restrições razoáveis ou proporcionais têm sido mantidas pela Suprema Corte, como ocorreu ao analisar, na ADI 5.127, que entendeu ser o protesto das Certidões de Dívida Ativa mecanismos constitucional e legítimo, que não restringe de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes, e, assim, não constitui meios indiretos de cobrança.

No caso em exame, o descredenciamento do contribuinte para o pagamento do ICMS Antecipação Parcial, não se constitui em restrição alguma visando lhe impor realizar o pagamento de imposto, senão vejamos.

A antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96, art. 12-A, cujo vencimento está estabelecido no art. 332, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012, 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; (Grifos do relator)

Ou seja, a regra estabelecida no Decreto nº 13.780/2012 é que o contribuinte deve efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada, no território deste estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação.

Se constitui uma exceção à regra, permitir que contribuintes, regularmente inscritos no Cadastro Estadual e que atendam a alguns requisitos, possam recolher o imposto até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e, vinculado ao documento fiscal.

Para desfrutar desse benefício de postergação do prazo de vencimento, o Estado da Bahia impõe condições que de forma alguma pode ser entendida como abusivas os desproporcionais, quais sejam:

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.

No presente caso, o contribuinte foi descredenciado por ter débito inscrito em Dívida Ativa e na forma do art. 332, § 2º, inc. II do RICMS/2012, não poderia manter seu credenciamento para usufruto do citado benefício de postergação do recolhimento do imposto devido.

Ou seja, não se trata de medida imposta ao contribuinte de forma a lhe coagir a quitar imposto, apenas lhe retirou

uma concessão dada sob condições previamente estabelecidas e de conhecimento do contribuinte.

Dessa forma, resta descaracterizada a aplicação pelo Fisco baiano de sanção política tributária, como quer fazer crer a defesa.

Analizando o mérito, registro que a autuada não nega que no ato da apreensão das mercadorias sem o pagamento do imposto antecipadamente, estava descredenciado para efetuar-lo em momento posterior a entrada das mercadorias no território baiano, tampouco apresentou prova de ter efetuado o recolhimento do imposto antecipadamente, conforme exige o art. 332, inc. III do RICMS/2012.

Constato que os documentos apensados nos autos se referem a produtos de cosmética, comercializados pela autuada, sujeitos ao recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial e que efetivamente o contribuinte encontrava-se na condição de descredenciado, por possuir restrição de crédito, decorrente de débitos inscritos na Dívida Ativa.

Estando na condição de descredenciado e tratando-se de aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS Antecipação Parcial, o contribuinte deveria ter efetuado o recolhimento do imposto quando da emissão do MDF-e, consoante estabelecido no inciso III do art. 332 c/com o § 2º do mesmo artigo, ambos do RICMS/2012

Repito: a autuada não carrou aos autos prova do recolhimento tempestivo do imposto exigido, mesmo de forma extemporânea, relativo às aquisições interestaduais que realizou.

As razões da defesa, apesar de consideráveis, não tem o condão de suprimir a infração, ainda mais que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, nos termos do art. 143 do RPAF/99, verbis.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de inconstitucionalidade, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167, incisos I e III do RPAF/99, vez que a multa proposta pela autoridade fiscal está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido para que todas as intimações referentes ao feito sejam encaminhadas ao endereço dos seus Patronos, nada impede o seu atendimento, contudo, se assim não for feito, não causará nulidade do processo, uma vez que as intimações ao sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, na forma do art. 108 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argui a nulidade da autuação por entender que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, discorrendo sobre os vícios formais e materiais no lançamento tributário para defender que houve vício substancial que contamina irremediavelmente a autuação.

Sustenta a inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, destacando que o auto foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, em razão do descredenciamento da recorrente, o que não se revela, por si só, como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, funcionando a apreensão como sanção política para obrigar o contribuinte a recolher o tributo, notadamente por não haver encerramento da tributação da mercadoria na antecipação parcial, embora o fisco disponha de meios menos gravosos para perseguir a receita tributária.

Defende ainda o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, no percentual de 60%, por violar o princípio da vedação ao confisco porque mesmo que as supostas infrações fossem verdadeiras não justificariam a multa extorsiva exigida nesses autos, haja vista que a penalidade tem a função de sancionar o contribuinte pelo descumprimento de determinada obrigação e não de efetuar a recomposição do erário, que ocorre pela exigência do tributo.

Encerra pedindo que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Inicialmente, abordo a arguição de nulidade que, mesmo não sendo qualificada na peça recursal como preliminar, ostenta esta natureza. Porém, não merece prosperar. A autuação atendeu às previsões legais, possibilitando à recorrente o exercício da ampla defesa e do contraditório. Aliás, a acusação de nulidade é nitidamente genérica e não aponta objetivamente qualquer vício que poderia ser atribuído ao lançamento. Rejeito.

Adiante, a prejudicial pertinente à inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da apreensão de mercadorias não possui condições de ser acatada. Do mesmo, também não cabe acolhimento para a acusação de confiscatoriedade e desproporcionalidade da multa.

Por disposição legal, não compete a este Conselho declarar inconstitucionalidade ou recusar a aplicação de norma emanada por autoridade superior (art. 167 do RPAF/BA).

Consequentemente, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **084138.0293/21-6**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.461,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS