

PROCESSO	- A. I. N° 281394.0147/21-5
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0174-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0075-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Comprovada a ocorrência de aquisições interestaduais de mercadorias, sujeitas ao regime da Antecipação Tributária do ICMS, com fito de comercialização, sem o recolhimento do imposto. Autuado não apresenta qualquer elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração caracterizada. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela **4ª JJF sob n° 0174-04/22-VD** que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 16/09/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, exigindo ICMS em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração – 01: 054.005.008 - 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. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte encontra-se no cadastro da SEFAZ na condição de DESCREDENCIADO - R\$ 110.906,68. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 75/81) a 4ª JJF fundamentou que:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais, por estar descredenciado.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que ao ser capitulada a infração não foram apontadas as razões em que se baseou a autuação, pois apenas foram mencionadas às supostas previsões legais aplicáveis, cerceando o seu direito de defesa.

Não assiste razão ao impugnante. Ao analisar o processo, verifica-se que ao contribuinte lhe foi entregue o Auto de Infração e o Termo de Apreensão assinado pelo mesmo ou seu representante. No corpo do Auto de Infração (fl. 01), bem como, no nominado Termo Apreensão (fls. 05/06) constam: o n° das NF-es (248605 e 248596), as mercadorias apreendidas. E no demonstrativo de débito (fl. 04) além destas informações, a base de cálculo (mesmo valor constante do documento fiscal), a alíquota aplicada e o imposto a ser exigido. Afora que em campo separado, o autuante ainda indicou a data de ocorrência, data de vencimento, base de cálculo total, valor do imposto, deduziu os créditos constantes nas Notas Fiscais eletrônicas e calculou o imposto a pagar. E mais uma vez observo que o presente Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias. Portanto, todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base à lavratura do Auto de Infração foram lavrados e entregues ao contribuinte.

Em suma, 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) e em conformidade com os arts. 38 a 41 e 44, do RPAF/BA. O método de fiscalização encontra-se perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu já que ele neles está respaldado, não havendo que se falar em cerceamento do exercício do direito de plena defesa.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam à nulidade do Auto de

Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, razão pela qual rejeito o pedido formulado pelo impugnante.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

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

Como esclarecido nas preliminares de nulidade ficou comprovado que ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias através da apreensão das mercadorias e das NF-es 248605 e 248596, indicando como data de saída 26 de agosto de 2019, que é condizente com a época da ocorrência dos fatos registrado no Termo de Apreensão lavrado em 30/08/2021, data em que foi constatada a irregularidade tendo em vista que naquele momento o contribuinte encontrava-se descredenciado, não gozando do benefício previsto no § 2º do inciso II do art. 332 do RICMS/12.

Sobre a falta de base constitucional a respeito da apreensão da mercadoria, ressalto de que este CONSEF não pode se pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, I, do RPAF/BA. Entretanto, ressalto que esta providência está prevista no art. 28, inciso IV do RPAF/BA, momento em que foi emitido o mencionado Termo de Apreensão nº 1527011087/21-7, documento que constitui prova material da infração.

No mais, determina o art. 12-A da Lei nº 7014/96:

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.

E o RICMS/12, a respeito do momento do recolhimento do imposto determina (redação da época dos fatos geradores):

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;

Portanto, o impugnante obrigado está, por dever legal, a recolher o ICMS devido por antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado de suas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, já que o mesmo se encontrava com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, conforme atesta o documento de fl. 14 e informação constante no Termo de Apreensão de nº 1527011087/21-7 (fl. 05).

Ademais, observo que a infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo o art. 123, do RPAF/99, porém, não houve questionamento do imposto reclamado ou de qualquer cálculo constante da autuação.

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, 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/99. 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 a 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 dos atos processuais, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 91 a 99) por meio da advogada Ione Jaqueline Nascimento Freitas, OAB/BA nº 49.087, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e julgamento da primeira instância do CONSEF, que entende ser reformada conforme passou a expor.

Suscita a nulidade do auto de infração sob o argumento de que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, conforme disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Discorre sobre os vícios anuláveis dos lançamentos, que apresentem vícios nos pressupostos (vídeo formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vídeo material), que decorrem da norma jurídica tributária e que na situação presente lançamento é puramente material, por decorrer da própria constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, que transcreveu à fl. 95.

No mérito, afirma que a Junta de Julgamento julgou que o lançamento encontra amparo na legislação fiscal e manteve a autuação, mas que passa a demonstrar que a exigência é totalmente insubstancial.

Ressalta que o auto de infração exige ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias procedentes de outra unidade da Federação e destinadas para comercialização por estar com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA, de acordo com o art. 332, § 2º do RICMS/BA, restringindo o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF, exigindo o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Argumenta que o descredenciamento não se revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, funcionando como sanção política para obrigar a promover recolhimento imediato do tributo, porém não encerra a fase de tributação da mercadoria, na medida que é calculado aplicando a alíquota interna e deduzido o crédito fiscal destacado.

Ressalta que o descredenciamento decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no sistema da SEFAZ/BA, com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria à cobrança dos mesmos e que após a regularização do credenciamento, promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, não sendo razoável a manutenção da presente autuação.

Discorre sobre os poderes que é conferido Fisco para a persecução dos objetivos arrecadatórios, visando custear as despesas do Estado para consecução do benefício do interesse comum, mas essa faculdade discricionária tem limite na Constituição Federal, não podendo configurar abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, que pode declará-los nulos, como preconiza doutrinadores (RAMOS, 2005, p. 507) e a jurisprudência (REsp 493.811/SP).

Afirma que o Estado pode valer-se de meios indiretos de coerção, impondo sanções menos gravosas (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal) e não justifica a apreensão de mercadorias para exigir imposto que não encerra a tributação da cadeia de circulação da mercadoria, gerando insegurança jurídica, descredenciamento de sua inscrição estadual, bem como procedendo na apreensão de mercadorias em trânsito e lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao porcentual 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 seja conhecido e provido o Recurso Voluntário interposto, reformando a decisão recorrida.

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.

No Recurso Voluntário interposto o sujeito passivo reapresentou na sua quase totalidade os

argumentos apresentados na defesa inicial.

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 DANFE (nºs 248.605 e 248.596), as mercadorias apreendidas (produtos de beleza), demonstrativo de débito (fl. 4), 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.

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 apreensão da mercadoria, ressalto que o art. 40, § 5º da Lei nº 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 15270111087/21-7. Não cabe ao CONSEF se pronunciar sobre a constitucionalidade nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Conforme relatado pelo próprio impugnante, a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias através da apreensão das mesmas consignadas no DANFE nºs 248.605 e 248.596, indicando no Termo de Ocorrência Fiscal que foi constatada a irregularidade no momento da abordagem no Posto Fiscal, o contribuinte encontrava-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 7014/96 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 prevê 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. 14) no momento da abordagem no Posto Fiscal o contribuinte se encontrava na situação de descredenciado no CAD-ICMS/BA, sob o

motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, informação constante no Termo de Apreensão de nº 1527011087/21-7 (fl. 05).

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 as 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 CJF nºs 0376-12/22; 076-11/22; 0385-11/22; 0384-11/22 e 0382-12/22.

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. 3, o art. 45 da Lei nº 7.014/96, o valor multa aplicada com porcentual de 60% pode ser reduzido em 70%, se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração; 35%, se for pago antes da inscrição em dívida ativa; 25%, se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário, podendo inclusive ter redução do valor da multa em até 90% se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral. Estas possibilidades, em termos efetivos pode redundar e valor menor do que o porcentual grafado no auto de infração.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, tendo em vista que não há previsão legal para 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.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281394.0147/21-5, lavrada contra CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 110.906,68 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, 14 de março de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS