

PROCESSO - A. I. N° 300449.0140/21-0
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF n° 0296-06/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0148-12/23-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 PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela **6ª JJF sob n° 0296-06/22-VD** que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 20/08/2021, 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\$ 101.568,90. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 83/88) a 6ª JJF fundamentou que:

VOTO

O Auto de Infração em lide exige do Autuado ICMS no valor de R\$ 101.568, 90 e é composto 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 Antecipação Parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias, efetivadas por Contribuinte DESCREDENCIADO, com fito de comercialização, acobertadas pelos DANFEs de n° 247.692 e 247.696, emitidos em 16/08/2021 (fls. 07/10).

Em síntese, na Impugnação apresentada, o sujeito passivo alega a ocorrência de diversas irregularidades no momento da lavratura do lançamento, que ocasionaram o cerceamento de defesa do contribuinte.

Expressa o entendimento de ter havido vício substancial, não meramente formal, sob a ótica de que a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos do lançamento.

No mérito, reconhece que o seu descredenciamento e questiona a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto, por considerá-la desproporcional e confiscatória.

Finaliza a peça defensiva requerendo o acatamento da Impugnação; a realização de revisão fiscal, efetuada por fiscal estranho ao feito; assim como o acolhimento da preliminar de nulidade, com o cancelamento do lançamento. Isto não ocorrendo, que seja julgada, no mérito, totalmente improcedente a autuação.

Na Informação Fiscal, o agente do fisco esclarece que não existe vício de forma, de objeto ou de desvio de finalidade. Aduzindo que, em nenhum momento da defesa, o Impugnante nega o fato de estar descredenciado no Cadastro de ICMS do Estado da Bahia. Fato, portanto, incontrovertido.

Afirma que o Termo de Apreensão foi oportunamente lavrado e que fora designado o próprio Contribuinte como

fiel depositário das mercadorias, documentando, assim, a infração cometida, para efeito da constituição da prova material.

Em relação ao suposto caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, registra que a mesma tem previsão legal. Finalizando a Informação Fiscal requerendo a procedência total do lançamento.

Inicialmente, cumpre destacar 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 arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No presente Auto de Infração, 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 indefiro o pedido de nulidade formulado pelo Autuado.

Em relação ao pleito de revisão fiscal, efetivada por fiscal estranho ao feito, igualmente indefiro, com base no previsto no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, por considerar suficientes, para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos.

Compulsando os documentos constantes nos autos, verifico que, de fato, os produtos de cosmética, comercializados pelo Autuado, que foram objeto da autuação, estão sujeitos ao recolhimento do imposto devido sob o regime da Antecipação Tributária Parcial (fls. 07/10).

Constatou que, efetivamente, o Contribuinte encontrava-se na condição de DESCREDENCIADO, perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, por possuir restrição de crédito – Dívida Ativa, conforme consulta cadastral anexada pelo Autuante (fl. 13).

Uma vez DESCREDENCIADO e tratando-se de aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, o Contribuinte deveria ter efetuado a quitação do imposto antes da entrada da mercadoria neste Estado, consoante estabelecido na alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/BA-99, 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;

(...)"

Pertinente destacar que o Autuado não apresentou prova nos autos de que recolheu o imposto exigido, ainda que de forma extemporânea, relativo às aquisições interestaduais que realizou. Assim como, não rechaçou o fato de se encontrar descredenciado.

Note-se que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação efetivada por meio do presente lançamento, nos termos do art. 143 do RPAF-BA/99, in verbis.

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

Ademais há de se considerar a presunção estabelecida no art. 142 do RPAF-BA/99, a seguir transcrita:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. “

Cabendo ressaltar que o disposto no supramencionado art. 142 coaduna com o estabelecido no art. 140 do RPAF-BA/99, in verbis:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. “

Em relação à alegação do Impugnante, que trata do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de constitucionalidade, 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 constitucionalidade;*
- 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.*

Para finalizar, entendo que a infração está devidamente caracterizada e não foi apresentado elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 97 a 105) 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 deste lançamento é puramente material, por decorrer da própria constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, que transcreveu à fl. 101.

No mérito, afirma que a Junta de Julgamento julgou que o lançamento encontra amparo na legislação fiscal e manteve a autuação, que deve ser reformada quanto a exigência do ICMS antecipação parcial, por estar com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA (art. 332, § 2º do RICMS/BA), restringindo o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF, exigindo o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Argumenta que o descredenciamento funciona como sanção política para obrigar a promover recolhimento imediato do tributo, em decorrência 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 do Fisco na persecução dos objetivos arrecadatórios, custeamento de despesas do Estado, interesse comum, faculdade discricionária que tem limite na Constituição Federal, não podendo configurar abuso de poder e passível de correção pelo Poder Judiciário, 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 que a apreensão de mercadorias para exigir imposto que não encerra a tributação, gerando insegurança jurídica, descredenciamento da inscrição 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 (MS2001.83.00.0158724/2002), configurando uma apropriação indireta do patrimônio do contribuinte, afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ter agido com boa-fé, a exemplo de julgamento 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 a quase totalidade dos argumentos da defesa inicial, suscitando a nulidade do lançamento por não apontar as razões que se baseou a autuação, cerceando o seu direito de defesa.

Não procede tal alegação, tendo em vista que o Auto de Infração, Termo de Apreensão, descrição dos DANFE (nºs 247.692 e 247696), 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 materialização da infração pela exigência do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL, antes da entrada da mercadoria no território do Estado em virtude de o contribuinte estar descredenciado, fato reconhecido na impugnação apresentada. Portanto todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base da lavratura do Auto de Infração, 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 sua nulidade, 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. Entretanto 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 ocorreu, procedimento previsto no art. 28, IV do RPAF/BA, com emissão do Termo de Apreensão nº 1294831139/21-4. 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 247.692 e 247.696, 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 e o sujeito passivo, não apresentou qualquer questionamento sobre os cálculos do imposto reclamado.

Quanto ao argumento de que a administração tributária não pode valer-se de apreensão de mercadorias para exigir imposto que não encerra a tributação das mercadorias em saídas posteriores, observo que o art. 40, § 6º da Lei nº 7.014/1996 prevê que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação do imposto e “*O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal*”. Logo, estando a mercadoria conduzida em situação irregular, configura a infração e cabível a exigência do imposto e aplicação da penalidade prevista na Lei.

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, ao 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 em 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 300449.0140/21-0, 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\$ 101.568,90, 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, 04 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS