

PROCESSO	- A. I. N° 210765.0752/19-2
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5 ^a JJF n° 0110-05/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/06/2023

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0156-11/23

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO NA SITUAÇÃO DE DESCREDENCIADO. DÍVIDA ATIVA. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. DESISTÊNCIA TÁCITA. A escolha da via judicial importa na desistência do presente recurso, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos para inscrição em Dívida Ativa. Mantida a Decisão recorrida. Considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal n° 0110-05/20-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/12/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$122.498,29 pelo cometimento da seguinte infração no período de dezembro de 2019.

Infração 1 – 54.05.08 – *Falta de recolhimento do imposto (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.*

Enquadramento Legal: Alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “a” da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 21 a 38), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 81 a 85), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5^a JJF que após análise julgou Procedente, nos seguintes termos (Fls. 90 a 92):

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexiste o vício material alardeado. Na realidade, a descrição da infração resultou clara e compreensível, com os dispositivos apontados como infringidos sendo exatamente aqueles relacionados ao regime de antecipação parcial do ICMS em vigor na Bahia. A documentação que deu suporte à cobrança espelha fielmente o que se discute neste processo, mormente a demonstração de que estava a defendant descredenciada para recolher a antecipação parcial, depois dos produtos entrarem em seus estoques.

Teve o contribuinte acesso a todas as informações necessárias para caracterização da irregularidade descrita no auto de infração. Aliás, no próprio corpo do auto de infração, faz-se referência aos DANFEs, cujas operações foram alcançadas pelo fisco, com as respectivas chaves de acesso, origem e descrição das mercadorias.

Logo, encontra-se presente nos autos o prestígio ao contraditório e à ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Afastada a preliminar.

Quanto à matéria de fundo, nada muito complexo a abordar.

Em primeiro lugar, não há discussões sobre o quantum debeatur. Os valores lançados não tiveram enfrentamento pela impugnante sobre o seu montante.

Dito isto, a presente exigência indica falta de recolhimento de imposto a título de antecipação parcial, haja vista a condição de DESCREDENCIADA da empresa, alusiva a operações consignadas em duas notas fiscais, quais sejam, NFs 210538 e 210544, relacionadas com itens de beleza adquiridas da “Botica Comercial Farmacêutica LTDA”.

Também não há discussões sobre a situação da defendant estar descredenciada para recolher a antecipação parcial, após as mercadorias ingressarem em seu estabelecimento. Destarte, restou incontroversa qualquer discussão acerca do sujeito passivo estar ou não credenciado para pagar a antecipação no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria. Definitivamente, a cobrança poderia ser mesmo feita no trânsito de mercadorias.

Por outro lado, a apreensão das mercadorias não foi utilizada como um procedimento condicionante para que o sujeito passivo fique obrigado a pagar o tributo, o que já conta com a reprovação da doutrina e da jurisprudência há muito tempo. Tanto assim é, que o lançamento de ofício foi lavrado e contou a empresa com a possibilidade de contra ele se insurgir, e oportunizar agora a sua apreciação perante este Conselho Administrativo de julgamento. A apreensão foi usada apenas como um expediente para constituir a prova material do fato, consoante art. 40, § 5º da Lei 7.014/96.

Tampouco funciona o descredenciamento como sanção política para se exigir o recolhimento do tributo. Não é deste jeito que o mecanismo funciona. Na verdade, a legislação exige que a antecipação parcial do ICMS seja paga antes da entrada neste Estado, de produtos procedentes de outras Unidades Federativas, conforme determina o art. 332 do RICMS-BA, salvo se o contribuinte obtiver autorização para recolher o imposto num outro momento. A regra, portanto, é pagar o tributo antes do ingresso dos produtos nos estoques. O momento da ocorrência do fato gerador, fica caracterizado antes da entrada das mercadorias no território baiano.

Acerca da alegação da penalidade pecuniária traduzir confisco, por ser exorbitante, não compete a este Colegiado apreciar pedido de dispensa de multa, tendo como fundamento alegações da lei ter vergastado princípio tributário de ínole constitucional, conforme estatui o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA.

Isto posto, considero o Auto de Infração inteiramente PROCEDENTE.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 102 a 110) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicia dizendo que no caso dos autos, não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, conforme disposto no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal neste Estado, aprovado pela Lei nº 7.629/99. São anuláveis os lançamentos que apresentem vícios nos pressupostos (vício formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vício material), os quais decorrem da norma jurídica tributária.

Dessa forma, considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas, uma vez que o lançamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

Alega a Junta de Julgamento Fiscal que, a acusação fiscal encontra amparo na legislação de regência, razão pela qual, afigura-se a subsistência da autuação. Entretanto, conforme se demonstrará adiante, as exigências são totalmente insubstinentes. Vejamos!

Conforme exposto, trata-se de Auto de Infração, lavrado pelo Posto Fiscal Benito Gama, para exigência de ICMS e multa, por entender que houve “*falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (produtos de beleza) procedentes de outra unidade da Federação e destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA*”.

De acordo com o art. 332, § 2º do RICMS, 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 vinculado ao documento fiscal. Assim, na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente este Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Ocorre que o descredenciamento do contribuinte, 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.

Some-se a isso, o fato de que a antecipação parcial do imposto 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.

Com efeito, o descredenciamento da Recorrente 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. Inclusive, cumpre destacar que, após a regularização do credenciamento, a Recorrente promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, não sendo razoável a manutenção da presente autuação.

Considerando que este Fisco Estadual dispunha das ferramentas próprias a persecução do crédito tributário que sustava contra o contribuinte, não poderia ter sido omissa na utilização das mesmas, gerando cenário de insegurança jurídica à ora Recorrente, ocasionando o descredenciamento de sua inscrição estadual, bem como procedendo na apreensão de mercadorias em trânsito, com lavratura do Auto de Infração em epígrafe, cujo exercício do recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente foi impedido em razão da aplicação de sanção política.

Questiona acerca da aplicação da multa na razão de 60% se mostra desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV.

O princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Não pode a multa causar lesão ao contribuinte, inviabilizando o seu sustento e aniquilando seu patrimônio.

No âmbito administrativo, mais especificamente no exercício do poder de polícia, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Fisco quando da fixação das sanções, dosá-las de forma que não se apresentem como verdadeiro confisco. (TRF-5^a Região, MS nº 2001.83.00.0158724, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, DJ: 31/10/2002)

Em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Recorrente, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer que seja dado e conhecimento provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando o r. acórdão recorrido, dentro da fundamentação acima apresentada, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS, por ser medida de direito e justiça.

Os autos foram distribuídos a esta relatora para apreciação.

A recorrente apresentou petição noticiando a proposição da Ação Ordinária nº 8000351-52.2021.8.05.0237 para discutir a cobrança veiculada por diversos autos de infração, inclusive o que é objeto do presente PAF, colacionando cópia da petição inicial, da decisão que deferiu a tutela de urgência pleiteada e da manifestação da PGE/BA na ação judicial.

VOTO

Conforme relatado, a recorrente escolheu a via judicial para discussão da matéria controvertida no presente PAF, o que prejudica a sua defesa ou recurso, considerando-se esgotada a instância administrativa, nos termos da legislação vigente, conforme dispositivos abaixo transcritos:

Lei nº 3.956/1981 – Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB)

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Decreto nº 7.269/1999 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF)

Art. 27. Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...
IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

...
Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Observe-se que, diante da expressa previsão legal de esgotamento da instância administrativa, não remanesce interesse recursal sequer quanto às questões preliminares e/ou prejudiciais de mérito atinentes à matéria aqui discutida, já que se esvai a competência de julgamento deste CONSEF, salvo para eventuais questões que possam ser conhecidas de ofício, o que não é o caso destes autos, de modo que o recurso deve ser considerado prejudicado, com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, em razão da escolha da via judicial e, por consequência, esgotada a via administrativa, mantendo-se a decisão de primeira instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado referente ao Auto de Infração nº 210765.0752/19-2, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S. A.**, no valor de **R\$56.851,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deverá o recorrente ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, de 31 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS