
PROCESSO	- A. I. N° 210765.0740/19-4
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF n° 0181-03/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0162-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte que não se encontrava credenciado (benefício fiscal para realizar o recolhimento do imposto, após a entrada da mercadoria em seu estabelecimento) deve adimplir a obrigação de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na entrada do território deste Estado. Autuado não elide a acusação fiscal. Não acatada nulidade suscitada. Indeferido pedido de diligência. Reconhecida a desistência tácita do recurso, à luz da dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração, foi lavrado em 04/12/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$ 83.501,59, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, por se encontrar descredenciado no cadastro da SEFAZ, no mês de dezembro de 2019, conforme DANFs n°s 210469 e 210480 de 29/11/2019, fls.07/12. Termo de Apreensão n° 210765.1060/19-7 fls.04/05 (Infração **54.05.08**).

O Autuado impugna o lançamento fiscal fls.26/42. A Autuante presta a informação fiscal fls.85/89.

Após as intervenções, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente, o Autuado arguiu nulidade do presente lançamento, sob o fundamento de que foi cerceado seu direito a ampla defesa, considerando que a Fiscalização, ao capitular a infração, sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, estaria a Autoridade Fiscal impedindo que apresentasse sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido.

Compulsando os elementos que compõem estes autos, verifico que não procedem tais argumentos. Ao contrário do alegado na defesa, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes. Constam o demonstrativo de débito fl.06, cópia das notas fiscais emitidas pela empresa Botica Comercial Farmacêutica Ltda., estabelecida no Estado do Paraná fls.07/12, documento que comprova descredenciamento da empresa, motivo: contribuinte com restrição de crédito na Dívida Ativa fl. 15, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade ou do devido processo legal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, que inclusive adentrou ao mérito demonstrativo perfeito conhecimento sobre do que foi acusado.

Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito solicitada pelo autuado, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, por se encontrar descredenciado no cadastro da SEFAZ, no mês de dezembro de 2019. (Infração 54.05.08).

Compulsando os autos, verifico que o contribuinte adquiriu produtos de beleza, cosméticos e perfumaria, acobertados pelos DANFs 210469 e 210480 de 29/11/2019, fls.07/12, emitidos pela empresa Botica Comercial Farmaceutica Ltda., estabelecida no estado do Paraná. Foi autuado, porque não se encontrava credenciado (benefício fiscal para realizar o recolhimento do imposto, após a entrada da mercadoria em seu estabelecimento), deixando de adimplir a obrigação de recolhimento do ICMS antecipação parcial, com o pagamento do imposto antes da entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A matéria encontra-se estabelecida no art.332, inciso III, alínea "b" do RICMS/Ba, que para melhor esclarecimento reproduzo:

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;

Da leitura do dispositivo regulamentar transcrito, dúvidas não há, que o momento para adimplemento da obrigação aqui discutida, se deu na entrada da fronteira do território baiano. Para exato cumprimento da obrigação tributária, o contribuinte ao adentrar no Estado da Bahia, deveria dar trânsito às mercadorias com o DAE de recolhimento do ICMS antecipação parcial pago, o que não ocorreu e por isso foi autuado.

O defendente apresentou entendimento, de que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não seria meio hábil à cobrança do imposto por antecipação parcial. Alegou que a legislação tributária baiana, se utiliza deste procedimento como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo. Argumenta que estes poderes conferidos ao Estado, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, já que os atos administrativos fiscais que não atendam aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos.

No que concerne à arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual, por entender o impugnante que a exigência do ICMS aqui discutido, não tem amparo legal, observo que em conformidade com o disposto no artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Importante salientar, que o ICMS antecipação parcial está previsto em lei. O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

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.

Sobre a arguição de excesso e confiscação de penalidade aplicada, observo que a multa aplicada está em absoluta consonância com a hipótese de incidência para a irregularidade flagrada, alínea 'd', inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

O defendente pediu que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF, sejam direcionadas aos advogados, no endereço indicado nas razões de defesa. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Observo que o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ

para receber correspondências.

Assim, concluo que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Dianete do exposto, julgo **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

A advogada Dra. Ione Jaqueline Nascimento Freitas apresenta Recurso Voluntário, devido ao inconformismo referente à decisão recorrida, onde tece os mesmos fatos impugnativos da peça inicial.

Discorre quanto à tempestividade da peça recursal. Faz síntese dos fatos da autuação, se reportando em relação ao valor, a legislação regida, à multa aplicada e suas disposições legais.

No **mérito**, fala sobre o resultado proferido pela 4^a JJF, que destaca a Procedência do Auto de Infração e sua aplicação legislativa;

Suscita nulidade material por vício do Auto de Infração. Pontua que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, conforme disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF-BA, aprovado pela Lei nº 7.629/99. Explica sobre a diferencia dos vícios materiais (decorrem da norma jurídica tributária) e formais (procedimento preparatório do lançamento). Acrescenta que os **vícios formais** são aqueles que não interferem na constituição do crédito tributário, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede o lançamento ou a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Já os **vícios materiais** apontam em relação ao conteúdo do lançamento (motivo da autuação fiscal e seus valores monetários, diante do fato, das provas e do direito aplicável ao fato, base de cálculo, desconhecimento da natureza do fato). Ou seja, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implica na falta de certeza e liquidez.

Sustenta que houve vício substancial (material), 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 CTN (reproduzido na peça), constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se poderia admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Afirma que a ação fiscal 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, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

Alega **inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos**. Salienta que a autuação foi pela “*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*”.

Assevera que 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.

Esclarece 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. Acrescenta que pelo fato da antecipação parcial do imposto não se encerrar na 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.

Assinala que 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.

Destaca 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. Aponta que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos (RAMOS, 2005, p. 507).

Disse que, se com a imposição de sanções menos gravosas (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposições de sanções políticas, como a apreensão de mercadorias, para fins de exigência de imposto por antecipação, a qual, não encerra a tributação da cadeia de circulação da mercadoria.

Reitera que 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.

Impugna em relação ao **caráter da multa ser confiscatória e desproporcional**. Sinaliza que o percentual aplicado desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV. Cita lições de Hugo de Brito Machado e julgado de tribunais superiores (TRF-5^a Região, MS nº 2001.83.00.0158724, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, DJ: 31/10/2002). Reproduz palavras de Heron Arzua e Dirceu Galdino. Pede pela redução e roga aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Finaliza requerendo o Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário apresentado no sentido de reformar a decisão recorrida.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 123-24, peticionou que propôs Ação Ordinária, no qual listou os autos que irão discutir a cobrança (Autos de Infração nºs 210765.0725/19-5, 210765.0732/19-1, 210765.0733/19-8, 3210765.0734/19-4, 210765.0735/19-0, 210765.0736/19-7, 210765.0738/19-0, 210765.0739/19-6, **210765.0740/19-4**, 210765.0749/19-1, 210765.0750/19-0, 210765.0752/19-2, 210544.0660/19-8, 210544.0662/19-0, 210544.0663/19-7, 210544.0697/19-9, 210544.0698/19-5, 210544.0699/19-1, 210544.0705/19-1, 210544.0706/19-8 e 217688.0360/19-1, além das Notificações Fiscais nºs 441452.0499/19-8 e 210544.0695/19-6) que sustenta reconhecimento da ilegalidade da cobrança.

Informa que requereu, com urgência o deferimento da tutela liminar, no sentido de determinar a averbação da apólice de seguro garantia como garantia ou antecipação da penhora para os créditos tributários representados pelos Autos citados. Acrescenta que após deferido a decisão liminar, os citados autos e notificações determinou o fornecimento da certidão positiva com efeitos negativos, no qual, em 10/03/2021, o Estado da Bahia informou o cumprimento do devido através da liminar. Assim, conforme o disposto no art. 27, IV e 117 do RPAF, informou a desistência das razões do Recurso, face a propositura da ação judicial.

É o relatório.

VOTO

O apelo recursal veio aos autos no sentido de modificar a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração sob a lavra por *“falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, por se encontrar*

descredenciado no cadastro da SEFAZ, no mês de dezembro de 2019, conforme DANFs nºs 210469 e 210480 de 29/11/2019". A peça recursal está devidamente tempestiva conforme a legislação, no qual conheço.

As advogadas após apresentar o Recurso Voluntário, peticionou manifestação às fls. 123-24, no qual propôs Ação Ordinária sob tutela de urgência, conforme o art. 300 do CPC 2015, pertinente nas fls. 145/147 e informa que conforme o disposto no art. 27, IV e 117 do RPAF, informou a desistência das razões apresentadas no Recurso, face a propositura da ação judicial.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo suscitado questões preliminares, que abordam desde a nulidade do lançamento (auto de infração) devido aos vícios materiais e informais.

Antes, todavia, do exame de tais questões, registro a existência de Ação Ordinária com Pedido de Tutela de Urgência, em curso na 1ª Vara da Comarca de São Gonçalo dos Campos-Ba sob o nº 8000351-52.2021.8.05.0237, proposta pela empresa recorrente, em face do Estado da Bahia, cujo objeto guarda identidade com aquele em exame, no presente processo.

Frise-se que o presente Auto de Infração se encontra listado pela recorrente, na ação fiscal citada.

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, na sua inteireza, com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo reproduzido.

"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 (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis."

Assim, é forçoso reconhecer que 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.

Diante do exposto, dou por PREJUDICADO o exame do Recurso Voluntário, dada a sua desistência tácita, conforme os arts. 126 do COTEB e 117 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado referente ao Auto de Infração nº 210765.0740/19-4, lavrado contra CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A., no valor de R\$ 83.501,59, acrescido da multa de 60%, prevista na "d", II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do COTEB, aprovado pela Lei nº 3.956/81 e 117 do RPAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS