

PROCESSO - A. I. Nº 210544.0699/19-1
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0147-02/20-VD
ORIGEM - DAT SUL/ IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0164-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Provado nos autos que sem o direito a postergar o pagamento do imposto devido nos termos dos §§ 2º e 2º-A, do art. 332 do RICMS-BA, o sujeito passivo não cumpriu a obrigação tributária no prazo legal para pagamento. Alega inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação a respeito, inclusive quanto à multa aplicada, questões que, dada à unicidade jurisdicional do direito brasileiro, foge à competência dos órgãos administrativos judicantes. Afastada a arguição de nulidade e indeferido o 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 em tela, lavrado em 09/12/2019, para exigir de ICMS o valor de R\$ 55.157,91, por infração (054.005.008) falta de recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação (PR), por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação, referente à dezembro de 2019, com enquadramento legal: Art. 33, III, “b” do RICMS-BA/2012 e, multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96.

Complementa: *se referir a aquisição de mercadorias tributáveis (cosméticos) procedentes do PR, constante do DANFE 210885/210825, para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte baiano cuja inscrição estadual consta na condição de “DESCREDENCIADO”. Falta de denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada na Bahia.*

O autuado apresenta impugnação às fls. 25-41. O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 85/86.

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

VOTO

Conforme acima relatado, o Auto de Infração processado exige o valor de R\$ 55.157,91, acusando falta de recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada de mercadorias procedentes de outra UF, para serem comercializadas na Bahia, por contribuinte na situação de “descredenciado” no Cadastro de contribuintes deste Estado.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais, e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) do teor da manifestação defensiva se percebe que cópia da Notificação Fiscal e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e

com os requisitos legais (fls. 03-23); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ainda que reconheça sua condição de contribuinte “descredenciado” para recolher o ICMS antecipação no mês subsequente ao da operação, faculdade concedida aos contribuintes credenciados na forma regulamentada, preliminarmente, o Impugnante argui a nulidade do AI por cerceamento ao direito de defesa, alegando haver no AI, uma capitulação sem apontar as razões da autuação, o que logo afasto pelas seguintes razões:

A uma, porque além de conhecer a legislação baiana que faculta aos contribuintes credenciados postergar o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, nos termos previstos nos §§ 2º e 2º-A, do art. 332, do RICMS-BA, na fl. 01 do Auto de Infração, consta a clara descrição dos fatos que configuram a irregularidade tributária constatada, qual seja, a exigência do crédito tributário relativo à aquisição de cosméticos procedentes do Paraná, para comercialização na Bahia, constantes das NF-es nºs 210885/210825 - DANFES de fls. 06-11, o que, ao contrário do alegado, dá azo, pauta e motiva a exação.

A duas, porque entre outros dispositivos legais, como corretamente exposto no enquadramento legal do Auto de Infração, a irregularidade constatada afronta o art. 332, III, “b” do RICMS-BA/2012 c/c arts. 23, 32 e 40 da Lei 7014/96.

A três, porque ao inverso do alegado, o lançamento em apreço atende ao disposto no art. 142 do CTN, e correlatos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, pois, lavrado por Autoridade Fiscal competente, a obrigação tributária convertida em crédito pelo ato administrativo fiscal em juízo revisional administrativo, foi determinado e calculado corretamente; identificado o legítimo sujeito passivo e a consequente penalidade foi proposta nos termos da Lei do ICMS da Bahia, tudo de modo regular, como retro exposto.

Portanto, sem fundamento lógico e jurídico a nulidade alegada e que aqui resta afastada.

Entendendo tratar de diligência, com fundamento no art. 147, I do RPAF, indefiro o formulado pedido de revisão por estranho ao feito, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Nos argumentos de mérito, o Impugnante levanta aspectos e situações vistas nos autos que, ainda que previstos na legislação tributária, entende inconstitucionais e ilegais, tais como apreensão da mercadoria, cujo Termo de Apreensão se acha às fls. 04-05 dos autos; a exigência imediata do imposto devido por antecipação parcial que expressamente reconhece devido, dado ao fato de não cumprir as reguladas condições de postergação de recolhimento, pois, também, expressamente se reconhece inadimplente com obrigações tributárias principais com a Fazenda Pública baiana. Ademais, disso argui/argumenta haver caráter confiscatório na multa proposta no Auto de Infração.

Pois bem. Tendo em vista que o ato administrativo tributário decorre de regular procedimento fiscal, apto e suficiente para constituir o crédito tributário em juízo neste órgão administrativo judicante, ao caso interessa a clara e autoexplicativa legislação abaixo, cujos grifos são meus:

Lei 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.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

...

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

...

§§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver *desacompanhada* de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

II - inidôneo o documento fiscal que:

a) omitir indicações;

...

c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;

RICMS-BA/2012

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

...

Art. 28. **A autoridade administrativa** que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária **lavrará**, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

...

Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

...

II - as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível;

Art. 167. **Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:**

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

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;

...

§§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, **que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir**, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

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.

...

§§ 2º-A. **O prazo especial previsto no §§ 2º deste artigo somente será concedido se houver emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal da operação, ainda que o contribuinte atenda aos requisitos definidos no referido dispositivo.**

RPAF

Tendo em vista que a constitucionalidade do ICMS Antecipação Parcial foi confirmada pelo STF na ADI 3426-0-BA, de 22/03/2007, DOE de 01/06/2007, e em face de os aspectos e situações aventadas como inconstitucionais ou ilegais pelo Impugnante estarem integrados na legislação vigente do ICMS da Bahia, dada à unicidade jurisdicional que o Direito brasileiro concede ao Poder Judiciário, a apreciação sobre os aspectos inconstitucionais e/ou ilegais suscitados pelo Impugnante, fogem à competência deste órgão de juízo administrativo.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

As advogadas da recorrente apresentam Recurso Voluntário às fls. 105/113, 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 4ª Jf, 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-5ª Região, MS nº 2001.83.00.0158724, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, DJ: 31/10/2002). Reproduz palavras de Heron Arzuza 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. 119-20, 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 de ICMS Antecipação Parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação (PR), por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na*

legislação, no mês de dezembro de 2019, conforme DANFs nºs 210885 e 210825 de 05/12/2019". A peça recursal está devidamente tempestiva conforme a legislação, no qual conheço.

As advogadas após apresentarem o Recurso Voluntário, peticionou manifestação às fls. 119-20, no qual propôs Ação Ordinária sob tutela de urgência, conforme o art. 300 do CPC 2015, pertinente nas fls. 141/143 e informa que conforme o disposto no art. 27, IV e 117 do RPAF, 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 210544.0699/19-1, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, no valor de **R\$ 55.157,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" 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, 15 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS