

PROCESSO
RECORRENTE
RECORRIDA
RECURSO
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. Nº 128984.0612/22-2
- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0255-04/22-VD
- DAT SUL / IFMT
- INTERNET: 19/07/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO NA SITUAÇÃO DE DESCREDENCIADO. DIVIDA ATIVA. O agente Fiscal Autuante no cumprimento do seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, observando que Contribuinte Autuado não cumpria um dos requisitos que autorizava o recolhimento do imposto (ICMS) por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (DAMDF-e) vinculado ao DANFE nº 263490, oriundos do Estado de Paraná, mais especificamente o inciso II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA, ou seja, identificando o registro de restrição de crédito por dívida ativa no CAD-ICMS/BA, constituiu o presente lançamento para exigir imposto (ICMS) por antecipação na entrada do primeiro posto fiscal deste Estado, o Posto Fiscal Benito Gama, dado o sujeito passivo não apresentar qualquer documento fiscal que comprovasse o seu recolhimento antes da entrada no território deste Estado na forma do art. 332, inciso III, alínea “b” do citado diploma legal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 12/04/2022 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor histórico de R\$ 31.945,10, pela constatação 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.”

Aquisição interestadual de mercadorias tributadas procedentes de outra unidade federada e destinadas a comercialização por contribuinte do estado da Bahia, cuja inscrição encontra-se na situação de DESCREDENCIADO, por não atender os requisitos previsto na legislação tributária em vigor, e não ter sido efetuado o recolhimento do ICMS Antecipação tributária parcial na entrada do território deste Estado, conforme DANFE N° 263490 TOF 441452.1254/22-9

Enquadramento Legal - Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Multa prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96

Apresentada a impugnação constante às fls. 21 a 35. Prestada Informação fiscal pela autuante às fls. 44 e 45. A JJF em sua oportunidade julgou pela Procedência o Auto de Infração, nos termos abaixo:

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 as supostas previsões legais aplicáveis, cerceando o seu direito de defesa.

Não assiste razão ao impugnante. Ao analisar o processo, verifica-se que ao contribuinte, foi entregue o Auto de Infração e o Termo de Apreensão, já que ambos assinados pelo mesmo ou seu representante. No corpo do Auto de Infração (fl. 01), bem como, no nominado Termo Apreensão (fl. 04) constam: o nº dos DANFEs (210891e 210889), as mercadorias apreendidas (produtos de beleza). E no demonstrativo de débito (fl. 03) 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 nos DANFEs 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 constitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos.

Como esclarecido nas preliminares de nulidade, ficou comprovado que a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias, através da apreensão das mercadorias e dos DANFEs nºs 210891e 210889, indicando como data de saída 05 de dezembro de 2019, que é condizente com a época da ocorrência dos fatos registrados no Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado em 09/12/2019, 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 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 2105441032/19-0, 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. 10 e informação constante no Termo de Apreensão de nº 2105441032/19-0 (fl. 04).

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 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, de acordo com o 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 do Auto de Infração, consoante artigo 108 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão, o contribuinte apresentou o presente Recurso Voluntário, fls. 65 a 72, conforme abaixo:

O Auto de Infração foi julgado **Procedente** pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0255-04/22-VD.

O sujeito passivo alega que, em que pese o entendimento da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, a referida decisão não deve prosperar pelos motivos a seguir expostos:

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM VIRTUDE DE VÍCIO MATERIAL.

“Conforme já pontuado, 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.

Ora, pois, são anuláveis os 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), os quais decorrem da norma jurídica tributária.”

Discorre sobre a diferença de vídeo formal e vídeo material. Alega que o vídeo incorrido na exigência recai sobre a própria constituição do crédito, contaminando irremediavelmente o próprio lançamento. Diz que houve, portanto, vídeo 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, sem cuja delimitação precisa não se poderia admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Finaliza afirmando 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.

DA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO

SANÇÃO PARA RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS.

Alega a JJF que, a acusação fiscal encontra amparo na legislação de regência, razão pela qual, afigura-se a subsistência da autuação. Diz que as exigências são totalmente insubsistentes.

"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."

Aduz 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.

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.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO E DESPROPORCIONAL DA MULTA APLICADA.

Alega a Autoridade Fazendária, que a multa aplicada no percentual de 60%, deve ser mantida, por decorrer de expressa previsão legal para a irregularidade cometida.

Diz que a 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.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

Por todo o exposto, vem a contribuinte requerer se dignem V. Sas. em CONHECER E DAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, reformando o 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.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 4ª JJF - Acórdão JJF nº 0255-04/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, em valor histórico de R\$ 31.945,10.

Consta Termo de Apreensão nº 4414521254/22-9, emitido em 06/04/2022, indicando que se tratava de diversas mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 263.490, onde foi registrada na mesma data a transferência da guarda e responsabilidade pelas referidas mercadorias para o Autuado (fls. 05 e

06).

O Recorrente discorre sobre vícios formais e materiais do lançamento e pede pela sua nulidade.

Contudo, observando as peças do processo, constato que a descrição da infração é clara: 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

Sobre a base legal aplicável que foi enquadrada o auto de infração é muito compreensível:

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 enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS:

A seguir, consta cópia do DANFE e CT-e (fls. 7 a 10) e o cálculo do imposto (fl. 04), além da situação cadastral do Recorrente (fl. 12), onde consta como contribuinte descredenciado na data de 06/04/2022, às 10:54min, e o Termo de Apreensão de Mercadorias sinaliza a data de 06/04/2022, às 11:07min, portanto, comprovando a irregularidade no momento da ação fiscal. Assim, denego a nulidade pretendida, por ausência de erros formais ou materiais no lançamento.

Quanto à constitucionalidade e o efeito confiscatório da multa aplicada, não está na competência deste Conselho de Fazenda julgar eventuais constitucionalidades.

Às fls. 66 e 67, no Recurso Voluntário, no capítulo III – DO MÉRITO, o Recorrente apenas identifica a Junta de Julgamento Fiscal, o acórdão, o valor lançado e a capitulação legal, mas não apresenta qualquer razão material ou de direito contestando o lançamento, além da pretensão de nulidade ou constitucionalidade formuladas em capítulos próprios.

Do exame das provas apresentadas, constato que conforme consta no voto recorrido, foi comprovada a ocorrência de aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Parcial do ICMS com finalidade de comercialização sem o recolhimento do imposto devido, uma vez que se encontrava descredenciado, infringindo o art. 332 do RICMS, que impõe o recolhimento do imposto antes da entrada da mercadoria neste Estado.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **128984.0612/22-2**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 31.945,10**, acrescido da multa de 60%, previsto no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS