

PROCESSO - A. I. Nº 281394.0134/21-0
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0192-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - 10/08/21023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0198-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Não compete ao CONSEF declarar inconstitucionalidade ou deixar de aplicar norma editada por autoridade superior. Inteligência do art. 167 do RPAF/BA. Preliminares rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0192-05/22-VD proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 21/09/2021 no valor histórico de R\$73.814,51, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

***Infração 01 – 054.005.008** – Falta de recolhimento do 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. Consta na descrição dos Fatos a informação de que as mercadorias procedentes de outros Estados são destinadas a comercialização por: “... contribuinte do Estado da Bahia cuja Inscrição estadual encontra-se no cadastro SEFAZ na condição de DESCRENCIADO...” por não atender a legislação tributária, conforme DANFes nº 248274 e 248278, Termo de Apreensão 152701.1066/21-0 (2021) - R\$ 73.814,51. Multa de 60%.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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.

Quanto a nulidade suscitada do lançamento sob o argumento de que a capitulação da infração não aponta as razões em que se baseou a autuação, cerceando o seu direito de defesa, vejo que não procede, tendo em vista que o Auto de Infração, Termo de Apreensão, descrição dos DANFes (nº 248274 e 248278), as mercadorias apreendidas (produtos de beleza), demonstrativo de débito (fl. 3) 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 infração.

Alem disso, o Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias e consta na descrição da infração que a exigência do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL foi feita antes da entrada da mercadoria no território do Estado em virtude de o contribuinte estar descredenciado, fato que reconheceu na impugnação apresentada. Portanto, todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base da lavratura do Auto de Infração foram lavrados e entregues ao contribuinte.

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) 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 nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal. Por isso, fica rejeitado o pedido de nulidade formulado.

Com relação ao pedido de realização de perícia, a mesma tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, que não é o caso da situação que se apresenta, por não ser necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão. Por isso, fica indeferido o pedido, nos termos do art. 147, II, “a” do RPAF/BA.

No mérito, foi alegada inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos.

Quanto ao questionamento sobre a legalidade constitucional para proceder apreensão da mercadoria, ressalto que o art. 40, § 5º da Lei 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 aconteceu, procedimento que é previsto no art. 28, IV do RPAF/BA, com emissão do Termo de Apreensão nº 152701.1066/21-0. Não cabe ao CONSEF se pronunciar sobre a constitucionalidade nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Destaco ainda que em relação ao argumento de que a apreensão impede o exercício de atividade mercantil, o documento de fl. 6 comprova que a mercadoria foi imediatamente liberada mediante Termo de Depósito em que o próprio autuado ficou como fiel depositário.

Conforme relatado pelo próprio impugnante, a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias através da apreensão das mesmas consignadas nos DANFes nºs 248274 e 248278, indicando no Termo de Ocorrência Fiscal que foi constatada a irregularidade no momento da abordagem no Posto Fiscal, pois 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 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. 11) no momento da abordagem no Posto Fiscal o contribuinte se encontrava na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, informação constante no Termo de Apreensão de nº 152701.1066/21-0 (fl. 6).

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.

Ressalte-se que diante do levantamento fiscal e demonstrativos que foram juntados ao processo e fornecido ao sujeito passivo, na impugnação apresentada não foi feito qualquer questionamento sobre os cálculos do imposto reclamado.

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 JJF 0230-04/20; JJF 0269-04/21; JJF 0273-06/20; JJF 0278-04/20; JJF 0431-06/21 e JJF 0446-06/21.

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, a teor do disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

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 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.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argui a nulidade da autuação por entender que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, discorrendo sobre os vícios formais e materiais no lançamento tributário para defender que houve vício substancial que contamina irremediavelmente a autuação.

Sustenta a inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para

recolhimento de tributos, destacando que o auto foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, em razão do descredenciamento da recorrente, o que não se revela, por si só, como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, funcionando a apreensão como sanção política para obrigar o contribuinte a recolher o tributo, notadamente por não haver encerramento da tributação da mercadoria na antecipação parcial, embora o fisco disponha de meios menos gravosos para perseguir a receita tributária.

Defende ainda o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, no percentual de 60%, por violar o princípio da vedação ao confisco porque mesmo que as supostas infrações fossem verdadeiras não justificariam a multa extorsiva exigida nesses autos, haja vista que a penalidade tem a função de sancionar o contribuinte pelo descumprimento de determinada obrigação e não de efetuar a recomposição do erário, que ocorre pela exigência do tributo.

Encerra pedindo que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 10/07/2023.

VOTO

Inicialmente, abordo a arguição de nulidade que, mesmo não sendo qualificada na peça recursal como preliminar, ostenta esta natureza. No entanto, não merece prosperar. A autuação atendeu às previsões legais, possibilitando à recorrente o exercício da ampla defesa e do contraditório. Aliás, a acusação de nulidade é nitidamente genérica e não aponta objetivamente qualquer vício que poderia ser atribuído ao lançamento. Rejeito.

Adiante, a prejudicial pertinente à inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da apreensão de mercadorias não possui condições de ser acatada. E, pelo mesmo motivo, também não cabe acolhimento a acusação de confiscatoriedade e desproporcionalidade da multa. Afinal estas pretensões contrariam a legislação estadual e, por disposição legal, não compete a este Conselho declarar inconstitucionalidade ou recusar a aplicação de norma emanada por autoridade superior (art. 167 do RPAF/BA).

Consequentemente, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 281394.0134/21-0, 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\$ 73.814,51**, 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, 10 de julho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS