

PROCESSO	- A. I. Nº 210544.0662/19-0
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0109-01/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE PAGAMENTO ANTES DO INGRESSO NO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. DESISTÊNCIA EXPRESSA DO RECURSO. COMUNICAÇÃO DE PROPOSITURA DE MEDIDA JUDICIAL PARA DISCUTIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. É prerrogativa da recorrente desistir do recurso interposto, mormente quando comunica haver ajuizado medida judicial para discussão do crédito tributário. Mantida a Decisão recorrida. Considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 157 a 165), interposto em face do Acórdão recorrido (fls. 140 a 147), da lavra da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, por meio da qual o Auto de Infração em epígrafe foi julgado Procedente.

O Auto de Infração foi expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias em 06/12/2019, para exigir de imposto no valor de R\$ 37.367,26, mais multa de 60% (art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96) e demais acréscimos legais, em decorrência da seguinte acusação:

“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 preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”.

Consta na descrição dos fatos:

“O presente lançamento refere-se a antecipação parcial do ICMS das mercadorias/produtos tributados (cosméticos diversos) procedentes de outras Unidades da Federação (PR), constantes nos DANFEs nºs 210648/210650, para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte situado no Estado da Bahia cuja inscrição estadual encontra-se no cadastro SEFAZ na condição de DESCREDENCIADO. Falta de denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada no território deste Estado. 41191277388007000157550010002106481587864832, 41191277388007000157550010002106516127170034”.

O contraditório desenvolveu-se de modo regular em primeiro grau de cognição, com **Defesa** (fls. 82 a 98) e **Informação Fiscal** (fls. 133 a 136), culminando com o Acórdão recorrido em que se acolheu unanimemente voto condutor a seguir transcreto:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através dos demonstrativos de fl. 3 e 27 dos autos, com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210648 (fl. 6/7) e 000210650 (fls. 8/9), e, no caso em tela, por ter sido uma ação fiscal no trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão de nº 2105441029/19-0, (fls. 4/5), em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, em conformidade com o que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Preliminarmente, o Contribuinte Autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em tela, sob o argumento de que ao capitular as infrações sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está a autoridade fiscal impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido, fato este que lhe causou cerceamento ao direito de defesa.

Não é o que observo dos autos, já que existe a regular qualificação do autuado, o local e a data da lavratura, a descrição dos fatos, e por ter sido uma ação fiscal no trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão de nº 2105441029/19-0, com a devida caracterização da ocorrência fiscal e identificação da Empresa Transportadora, bem como a indicação da legislação infringida e da penalidade aplicada. Portanto, estando presentes estas formalidades, não há como se falar em cerceamento ao direito de defesa, razão pela qual afasto este pedido de nulidade.

No mérito, versa o presente lançamento fiscal, de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$ 37.367,26, decorrente da ocorrência da 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, com enquadramento na alínea "b", do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c art. 12-A; inc. III, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, "a" do mesmo diploma legal.

Assim dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/96, à época dos fatos geradores:

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. (Grifo acrescido)

Também, assim dispõe a alínea "b", do inciso III, do art. 332 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, vigente à época dos fatos:

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;

Neste contexto, o Auto de Infração resultou de uma ação de fiscalização no Trânsito de Mercadorias, realizada por agente Fiscal lotado na POSTO FISCAL BENITO GAMA, em que identificou o transporte de mercadorias para comercialização acobertados pelos DANFE's nºs 000210648 (fl. 6/7) e 000210650 (fls. 8/9), com data de emissão em 03/12/2019 e saída mesma data, por meio do Modal Rodoviário, acobertado pelo DACTE nº 41628 (fl. 16), procedentes de outra Unidade da Federação e destinadas a Contribuinte neste Estado, com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de "Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida", no caso em tela, o Contribuinte Autuado, CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A, na forma do documento de fl. 11 dos autos, conforme ocorrência fiscal descrita no Termo de Apreensão de nº 2105441029/19-0 (fls. 4/5), lavrado em 06/12/2019 e a consequente lavratura do Auto de Infração nº 210544.0663/19-7, em lide, com apuração do débito na forma dos demonstrativos de fl. 3 e 27 dos autos.

No caso em tela, em relação ao mérito não há lide, vez que as arguições de improcedência da autuação, pelo sujeito passivo, decorrem eminentemente de vícios por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada.

Sobre a arguição de vício por inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, também, não é o que observo dos autos. O Agente Fiscal Autuante no cumprimento do seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, no caso em tela, observando que o 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 Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal (MDF-e), vinculado aos DANFE's nºs 000210648 e 000210650, oriundos do Estado do Paraná, objeto da autuação, mais especificamente o inciso II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA, abaixo destacado, 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", acima destacado:

§ 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, [...]:

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.

Em relação à restrição do inc. II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, acima destacado, não se vê dos autos qualquer documento acostado pelo Autuado, demonstrando que não estava com restrição de crédito por dívida ativa no CAD-ICMS/BA, à época dos fatos geradores, ou qualquer medida judicial protetiva de suspensão da exigibilidade do crédito inscrito na dívida ativa do Estado da Bahia.

Quanto à irresignação do Autuado do caráter confiscatório e desproporcional da imposição multa aplicada, pela ocorrência imputada na autuação, diz respeito à multa aplicada de 60%, capitulada no dispositivo do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, que assim destaco:

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;”;*

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, é a devida para a infração cometida. Saliento, entretanto, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Sobre o Termo de Apreensão de nº 2105441029/19-0, (fls. 4/5), lavrado em 06/12/2019, é um pré-requisito para constituição do crédito tributário no trânsito de mercadoria, através de Auto de Infração, como assim assertivamente procedeu a agente Fiscal, com a lavratura do auto de nº 210544.0662/19-0, em lide, e não foi emitido com o intuito de persuadir o Autuado ao pagamento do tributo, mas tão somente atender o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Cabe destacar, então, que o Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, ao disposto nos arts. 39, 40, 41 e 42 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o agente Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Em sendo assim, consoante o que se observa da acusação, estando devidamente capitulada a acusação fiscal na legislação pertinente, sendo o imposto (ICMS) antecipação, a multa e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através dos demonstrativos de fl. 3 e 27, em perfeita sintonia com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210648 (fl. 6/7) e 000210650 (fls. 8/9), concluso pela subsistência da exigência fiscal.

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

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário cujo teor reitera os termos da Defesa e é a seguir sumariado:

- a)** Considerações sobre a tempestividade e narrativa dos fatos que redundaram na autuação.
- b)** Nulidade do Auto de Infração, pelo que afirma tratar-se de vício material (aduzindo considerações sobre a categoria de nulidade e sobre dispositivos da legislação tributária), e 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*”.
- c)** Considerações sobre a inconstitucionalidade e a ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, aduzindo 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 o recolhimento do tributo*”. Faz considerações sobre as causas do descredenciamento, a sua regularização, o recolhimento do tributo em etapas posteriores (uma vez que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação), e que as faculdades discricionárias do Fisco encontram óbices em “*princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada*”, o que configura “*abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário*”.
- d)** Considerações sobre o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, com espeque em doutrina e referências a julgados de órgãos do Poder Judiciário.

Concluiu requerendo o Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, no sentido de ver a decisão recorrida reformada por esta Câmara.

Subsequentemente, a Recorrente protocolizou petição de fls. 170 a 171, com documentos às fls. 172

a 200, dando ciência da propositura de “Ação Ordinária” na qual discute perante o Poder Judiciário do Estado da Bahia o crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração em exame neste PAF (e outros Autos de Infração), de modo que *“tendo em vista o quanto disposto nos arts. 27, IV e 117 do RPAF, vem a contribuinte informar a desistência na apresentação do corrente Recurso, face a propositura da ação judicial”*.

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 29/03/2023. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 02/08/2023, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário foi interposto conforme a hipótese do art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, dentro do prazo previsto no art. 171 do mesmo diploma normativo.

Todavia, constata-se petição da Recorrente, subscrita por advogadas devidamente credenciadas, **desistindo** do Recurso e dando ciência de fato impeditivo de sua apreciação – submissão da lide à apreciação ao Poder Judiciário (art. 167, inciso II do RPAF/99, que repete obrigatoriamente o que dispõe o art. 125, inciso II da Lei nº 3.956/81 - *“não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob a apreciação do Poder Judiciário”*).

A desistência do recurso implica encerramento da ação fiscal (art. 27, inciso IV do RPAF/99).

É prerrogativa da Recorrente desistir do recurso interposto, mormente quando comunica haver ajuizado medida judicial para discussão do crédito tributário (inteligência do art. 117, *caput*, c/c art. 122, inciso IV do RPAF/99), renunciando à instância administrativa.

Do exposto, sou pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo incólume a decisão recorrida, que concluirá pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, conforme disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81, observando-se que não há impeditivo ao ajuizamento da ação fiscal, ante o teor da liminar deferida dos autos sob o nº 8000351-52.2021.8.05.0237.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210544.0662/19-0**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, no valor de R\$ **37.367,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, conforme disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81, observando-se que não há impeditivo ao ajuizamento da ação fiscal, ante o teor da liminar deferida dos autos sob o nº 8000351-52.2021.8.05.0237.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS