

PROCESSO - A. I. Nº 210544.0663/19-7
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0157-04/20-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0294-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO NA SITUAÇÃO DE DESCREDENCIADO. DÍVIDA ATIVA. O agente Fiscal Autuante no cumprimento do seu dever funcional, em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, 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 000210639 e 000210641, 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 no 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. Na fase recursal o recorrente escolhe medida judicial, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do COTEB-Ba, aprovado pela Lei nº 3.956/81, c/c o art. 125, II do citado diploma legal estadual, com a redação dada pela Lei nº 7.438/1999, preconizando que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. Fica prejudicado o exame na esfera administrativa, porque em tal hipótese, a legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto. Após intimado o contribuinte, os autos devem ser encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, 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. Considerar **PREJUDICADO** análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 06/12/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$ 47.538,84, conforme demonstrativo acostados à fl. 3 dos autos, em razão da constatação da

seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO I – 054.005.008: *Falta de recolhimento do imposto (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, em conformidade com a cópia do documento “Resultado da Consulta” extraído do Sistema do Trânsito de Mercadoria da SEFAZ de fl. 10 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 47.538,84, conforme demonstrativos de fls. 3 e 27, 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 nº 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “a” do mesmo diploma legal.*

O sujeito passivo, às fls. 32/48 dos autos, apresenta defesa através do seu Representante Legal devidamente constituído. Às fls. 90/92 têm-se a Informação Fiscal do agente Autuante.

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

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 consoante os levantamentos através dos demonstrativos de fl. 3 e 27 dos autos, com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210639 (fl. 6/7) e 000210641 (fls. 8/9), e, no caso em tela, por ter sido uma ação fiscal no Trânsito de Mercadorias, o Termo de Apreensão de nº 2105441030/19-8, (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 2105441030/19-8, 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 afastado este pedido de nulidade.

No mérito, versa o presente lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$ 47.538,84, 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 nº 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 nº 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 000210639, (fl. 6/7), e 000210641, (fls. 8/9), com data de

emissão em 03/12/2019, e saída mesma data, por meio do Modal Rodoviário, acobertado pelo DACTE nº 41626, (fl. 13), 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. 13 dos autos, conforme ocorrência fiscal descrita no Termo de Apreensão de nº 2105441030/19-8, (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 000210639 e 000210641, 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 a 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 2105441030/19-8, (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 210544.0663/19-7, em lide, e não foi emitido com o intuito de persuadir o Autuado no pagamento do tributo, mas tão somente atender ao 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 consoante os levantamentos através dos demonstrativos de fl. 3 e 27, em perfeita sintonia com os documentos fiscais, os DANFE's nºs 000210639, (fl. 6/7), e 000210641, (fls. 8/9), concluo pela subsistência da exigência fiscal.

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

Não se conformando com a decisão de piso as patronas do recorrente apresentam Recurso Voluntário às fls. 114/122, onde teceram o seguinte:

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 3ª 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.

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**. Salaria 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.

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.

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.

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

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 131-22, 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, 210765.0734/19-4, 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 fiança 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

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, a fim de modificar a decisão de piso, que julgou Procedente em decisão unânime o presente Auto de Infração (Trânsito de Mercadorias), lavrado em 06/12/2019 para exigir ICMS no valor de R\$ 47.538,84 e multa de 60% pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial de mercadorias antes da entrada no território do Estado da Bahia, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previsto na legislação fiscal da Bahia.

As patronas do recorrente após apresentar o Recurso Voluntário, peticionou manifestação através do Processo SIPRO nº 021079/2021-9, sob às fls. 127 a 128, no qual propôs Ação Ordinária sob tutela de urgência, com base legal no art. 300 do CPC 2015, pertinente conforme o disposto nos arts. 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, suscitando questões preliminares, que versa a nulidade do lançamento com alegações de vícios materiais e formais.

No entanto, antes 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.

Ressalte que o presente feito (Auto de Infração) se encontra listado pelo recorrente, na ação ordinária citada.

Apesar de ter impugnado o presente lançamento administrativo, o recorrente apresentou, em concorrência, medida judicial cujo objeto coincide na sua plenitude com a exigência fiscal em lide, 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. “*

E ainda, o art. 125, inciso II, do citado diploma legal estadual, com a redação dada pela Lei nº 7.438, de 13/01/1999, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida:

Neste caso, fica prejudicado o exame na esfera administrativa, porque em tal hipótese, a legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o processo na via administrativa, após ciência do contribuinte, deve ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, 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 **210544.0663/19-7**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, no valor de **R\$ 47.538,84**, 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, 04 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS