

PROCESSO	- A. I. Nº 217688.0360/19-1
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0112-03/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0311-12/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto antes da entrada no Estado da Bahia, na hipótese do contribuinte está descredenciado para efetuar o recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias. 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** a 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 11/12/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 40.027,61, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

Infração - 054.005.008. Falta de recolhimento do ICMS, referente à 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.

Consta como **complemento** que “O contribuinte acima qualificado, na condição de empresa Descredenciada junto ao CAD-ICMS-BA, deixou de pagar voluntariamente o ICMS, referente à aquisição interestadual de mercadorias (Cosméticos diversos) oriundas do Estado do Paraná e destinadas a comercialização no Estado da Bahia, como se infere dos Danfes nºs 210969 e 210971, emitidos em 06/12/19 por Trans Pizzato Transp. de Cargas Ltda e Hard CopySEFAZ/BA, colacionadas.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 30 a 46. Na informação fiscal, fls. 82 a 85.

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

VOTO

O Autuado suscitou preliminar de nulidade do lançamento em virtude de vício material por não constar dos autos clara descrição dos fatos que configura as infrações, bem como por apenas fazer menção a supostas previsões legais aplicáveis cerceando seu direito de defesa.

Depois de compulsar os elementos sob os quais foi erigida a acusação fiscal e formalizado o presente lançamento, consigno que não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

O presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39, do RPAF-BA/99, e o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

O sujeito passivo apresentou suas razões de defesa sem qualquer óbice, demonstrando assim sua total apreensão e entendimento dos fatos objeto da acusação fiscal, bem como desenvolveu e articulou os argumentos que entendeu consentâneos.

Assim, entendo superada a questão de nulidade suscitada pelo Impugnante, por não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades preconizados pela legislação de regência, precípua mente os elencados no art. 18, do RPAF-BA/99.

No que diz respeito à solicitação da Defesa para a realização de Revisão fiscal por fiscal estranho ao feito com o fito de esclarecer fatos ocorridos no PAF, consigno que se afigura desnecessária, ante a existência nos autos de outras provas já coligidas nos autos no decorrer do contraditório instalado que são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Por isso, rejeito o pedido com base na alínea "a" e "b", do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme demonstrativo acostado à fl. 04, Termo de Apreensão, fl. 05, Situação Cadastral do INC - Descredenciado, fl. 14.

Em sede defesa o Impugnante refutou a acusação fiscal, aduzindo que o § 2º, do art. 332, do RICMS-BA/12 permite aos contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS-BA o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente à emissão da MDF-e vinculado ao documento fiscal. Sustentou que, na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente ao Estado, exige-se o recolhimento imediato da antecipação parcial. Asseverou que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não se consiste como meio hábil à cobrança imediata da antecipação parcial, justamente porque o mesmo funciona como uma sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover o recolhimento do tributo.

O Autuante, em sua informação manteve a autuação sustentando que o estabelecimento autuado se encontrava na condição de descredenciado junto ao CAD-ICMS-BA, e nessa condição, por imposição legal, ao efetuar aquisição interestadual de mercadorias, deve antecipar o valor correspondente ao ICMS antecipação parcial devido.

Convém salientar que a obrigatoriedade da antecipação do imposto pelos Contribuintes inscritos no CAD-ICMS-BA, está amparada no art. 12-A, da Lei 7.014/96, que dispõe sobre ICMS, conforme a seguir destacado:

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.

Sobre o aspecto do "credenciamento", e com isso habilitar o contribuinte ao pagamento da antecipação do imposto no mês subsequente, mais especificamente dia 25, não há obrigatoriedade de ser solicitado à Fazenda Pública Estadual. Entretanto, para usufruir o direito de pagar a antecipação do imposto no mês subsequente e não na entrada no território baiano, basta o contribuinte satisfazer as seguintes condições: (1) não ter débitos inscritos em Dívida Ativa ou que esteja com débitos, mas a exigibilidade esteja suspensa; (2) tenha mais de 6 meses de atividade; e (3) não possua débitos da antecipação tributária.

"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 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, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do 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 (Redação vigente de 01/11/16 a 31/12/17):

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.

§ 3º O titular da Diretoria de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte poderá, com base em informações acerca do investimento e da capacidade contributiva do contribuinte que assegurem o cumprimento da obrigação relativa à antecipação tributária, dispensar o requisito previsto no inciso I do § 2º deste artigo.”

No presente caso, o Impugnante encontrava-se descredenciado por ocasião da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação, como se verifica à fl. 14.

Observo que, para elidir a acusação fiscal, o Autuado deveria comprovar que o recolhimento fora efetuado antes da entrada das mercadorias neste Estado. No presente caso, esse requisito não foi atendido, logo resta configurada a acusação fiscal, uma vez que o sujeito passivo não logrou êxito em elidir a irregularidade que lhe fora imputada.

Em suma, restou patente nos autos, que o Autuado, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores encontrava-se na condição de Descredenciado no CAD-ICMS-BA. Logo, é devida a exigência do imposto antes da entrada no território deste Estado.

Assim, verifico que a acusação fiscal está estribada na legislação de regência, portanto, afigura-se devidamente caracterizada.

Em relação à multa aplicada de 60%, que foi objeto de contestação pelo Autuado, sob o fundamento de ser inconstitucional, confiscatória e desproporcional, verifico que deve ser mantida, haja vista decorrer de expressa previsão legal para a irregularidade cometida, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96. No tocante ao pedido para redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

No que concerne ao pedido do patrono do Autuado no sentido de que as intimações e notificações relacionadas ao presente processo, sejam encaminhadas ao seu endereço indicado na peça defensiva, ressalto que nada obsta que a Secretaria deste CONSEF, setor encarregado desse procedimento atenda ao pedido formulado, entretanto, ressalto que as intimações relacionadas a processo administrativo fiscal estão sujeitas ao regramento estabelecido pelo art. 108, do RPAF-BA/99, portanto, o seu eventual não atendimento, não implica em qualquer nulidade.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência da autuação.

Ante o exposto, VOTO pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a decisão de piso as patronas da recorrente apresentam Recurso Voluntário às fls. 106/114, 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 diferença 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**. 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.

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. 120-21, 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

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 unanime o presente Auto de Infração (Trânsito de Mercadorias), lavrado em 11/12/2019 para exigir ICMS no valor de R\$40.027,61 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 020560/2021-6, sob às fls. 120 a 121, no qual propôs Ação Ordinária sob tutela de urgência, com base legal no art. 300 do CPC 2015, pertinente conforme o disposto no art. 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, julgo PREJUDICADO o processo na via administrativa, após ciência do contribuinte, devendo 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 o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 217688.0360/19-1, lavrado contra CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A., no valor de R\$ 40.027,61, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 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, 14 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS