

PROCESSO - A. I. N° 128984.0472/22-6
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0198-05/22
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0329-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas de mercadorias adquiridas destinadas à comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Rejeitada a nulidade suscitada. Não acolhido o pedido de redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal, em 04/04/2022, Acórdão 5ª JJF nº 0198-05/22, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora Recorrente, crédito tributário no valor histórico de R\$ 153.792,50, em decorrência da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 054.005.008** - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, (contribuinte descredenciado), no mês de abril de 2022, no valor de R\$ 153.792,50, acrescido da multa de 60%.*

Os autos foram apreciados pela 5ª JJF e julgado, por unanimidade, Procedente, nos seguintes termos:

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 DANFE (nº 263187), as mercadorias apreendidas (produtos de beleza), demonstrativo de débito (fl. 4) 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 2322011040/22-0. 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 263293 e 263275, indicando no Termo de Ocorrência Fiscal que foi constatada a irregularidade no momento da abordagem no Posto Fiscal, 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 determina 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:

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 2322011040/22-0 (fl. 05).

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 às 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 JJJ 0230-04/20; JJJ 0269-04/21; JJJ 0273-06/20; JJJ 0278-04/20; JJJ 0431-06/21 e JJJ 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.

Inconformado com o resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.65/73), com os argumentos a seguir aduzidos.

Explica que o Auto de Infração foi julgado procedente pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0198-05/22-VD. Nele, os Julgadores analisaram a infração, objeto de discussão na presente peça de defesa, e concluíram que se encontra 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.

Argumenta que, em que pese o entendimento da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, a referida decisão não deve prosperar pelos motivos a seguir expostos.

Conforme já pontuado, no caso dos autos, reafirma que 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.

Entende que o vício que maculou o presente lançamento é puramente material, e traça diferenciações entre os vícios formais, dos vícios materiais.

Assevera que o vício incorrido na exigência fiscal recai sobre a própria constituição do crédito, contaminando irremediavelmente o próprio lançamento. Houve, portanto, vício 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.

Dessa forma, aduz que considerando 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.

Alega que conforme exposto, trata-se de Auto de Infração, lavrado no 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.

Explica 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.

Entende 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.

Explica que a antecipação parcial do imposto não encerra a fase de tributação da mercadoria. Com efeito, afirma que seu descredenciamento 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, promoveu o recolhimento dos tributos decorrentes das operações de circulação de mercadorias que pratica, não sendo razoável a

manutenção da presente autuação.

Nota que os poderes do Fisco, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, já que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos. Sobre o tema cita jurisprudência.

Afirma que, 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.

Alega 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. Assevera que o princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Nesse sentido, cita lições de Hugo de Brito Machado.

Diz que o caráter confiscatório da multa desconfigura, desnatura, sua própria natureza e função. Ou seja, o que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado, transforma-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais.

Registra que em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Recorrente, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer que se conheça e dê provimento ao 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!

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 65/73, contra Decisão proferida conforme Acórdão 5ª JF nº 0198-05/22, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, em decorrência do cometimento da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 054.005.008 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, (contribuinte descredenciado), no mês de abril de 2022, no valor de R\$ 153.792,50, acrescido da multa de 60%.

Quanto à alegação preliminar de nulidade por falta de descrição precisa dos fatos, foi devidamente apreciada pela primeira instância e não merece acolhida, pois o tipo infracional em que foi enquadrada a conduta empresarial é suficientemente claro para evidenciar que se trata de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial na entrada no Estado da Bahia.

Ademais, foi anexado demonstrativo de débito (folha 04), Termo de Apreensão e Depósito (folha 05) e demais elementos que não dão margem a qualquer dúvida acerca dos motivos que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação de nulidade por impossibilidade de apreensão de mercadorias como mecanismo para coagir a empresa ao recolhimento do imposto, saliento que não é vedada a apreensão de mercadorias, procedimento fiscal que se encontra expressamente autorizado pelo

art. 28 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

*...
IV - Termo de Apreensão (grifo acrescido), Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;
...”*

Embora possível, não pode, a fiscalização, fazer mau uso dessa ferramenta, subtraindo, ao contribuinte, o seu legítimo direito de contestar a cobrança fiscal.

Não foi isso o que ocorreu no presente caso, pois a apreensão das mercadorias foi praticada apenas para permitir que o preposto fiscal pudesse caracterizar a irregularidade apurada e lavrar o correspondente Auto de Infração. Sendo assim, rejeito as alegações de nulidade arguidas.

O Autuado contestou o fato de constar no Auto de Infração a situação de “descredenciado”, afirmando que nada justifica validamente a imposições de sanções políticas, como a apreensão de mercadorias, para fins de exigência de imposto por antecipação, a qual, conforme já mencionado, não encerra a tributação da cadeia de circulação da mercadoria.

Quanto aos mencionados argumentos, observo que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

No mérito, nada aduziu de novidade em seu Recurso Voluntário, limitando-se, apenas, a alegar a confiscatoriedade da multa aplicada.

Registro que a multa possui previsão em lei, não podendo ser afastada por este órgão administrativo.

Por oportuno, registro que o valor das multas pode ser reduzido, nas hipóteses previstas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo.

“Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII e na alínea “a” do inciso V do caput do art. 42 desta Lei, será reduzido de:

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal;

II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral.

§ 2º Em caso de parcelamento, ocorrendo a interrupção do pagamento, deverão ser restabelecidos os percentuais de multa originários, relativamente ao saldo remanescente do débito.”

Vale ressaltar, que essa Câmara de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Assim como a 5ª JF, entendo restarem aplicáveis no presente caso, o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, razão pela qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 **128984.0472/22-6**, 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\$ 153.792,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2023.

RUBNS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS

