

PROCESSO	- A. I. N° 300449.0210/21-9
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0258-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0400-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Comprovada a ocorrência de aquisições interestaduais de mercadorias, sujeitas ao regime da Antecipação Tributária do ICMS, com fito de comercialização, sem o recolhimento do imposto. Autuado não apresenta qualquer elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração caracterizada. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 4ª JJF sob n° 0258-04/22-VD que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 20/09/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, exigindo ICMS em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração – 01: 054.005.008 - Falta de recolhimento do ICMS referente a 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 na descrição dos fatos que o contribuinte encontra-se no cadastro da SEFAZ na condição de DESCREDENCIADO - R\$ 89.543,19. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 102/107) a 4ª JJF fundamentou que:

O Auto de Infração sob apreciação foi expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias para exigência de imposto no valor de R\$ 89.543,19, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, 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: “Falta de recolhimento da antecipação parcial na aquisição de produtos de beleza, procedente de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado, conforme DANFEs 249742, 249748, 249749 e 24975. Base de cálculo correta R\$ 755.917,06. Crédito R\$ 46.521,88. Imposto a pagar R\$ 89.543,19”.

O enquadramento legal assim se apresenta: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96, enquanto que a multa aplicada é a prevista no art. 42, II, “d”, da mesma Lei.

Estão anexados aos autos os seguintes documentos: i) Termo de Apreensão n° 2322011076?21-7 (fls. 05 e 06); ii) Cópia dos DANFEs e dos DAMDFE objeto da autuação, fls. 04 a 31; iii) cópia da consulta do contribuinte (fl. 35).

Em sua defesa o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração em virtude de vício material que ocasionou cerceamento ao seu direito de defesa sob o argumento de que o autuante ao capitular a infração sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está lhe impedindo que apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido.

Da análise efetuada nas peças constitutivas destes autos, entendo que o argumento defensivo não merece prosperar. Isto porque, a acusação se encontra perfeitamente descrita, com indicação da motivação para o lançamento, cujas fatos também se encontram delineados no Termo de Apreensão que originou o lançamento, sendo, portanto, atendidos os requisitos previstos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, assim como o quanto prevista pelo Art. 142 do CTN.

Ademais o lançamento também atende ao previsto pelos Arts. 26, inciso I e 28, inciso IV do RPAF/BA, razão

pela qual, estando presentes nos autos todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, não acolho o pedido de nulidade formulado pelo autuado, posto que, não vislumbro a presença de qualquer vício que acarrete cerceamento ao direito de defesa do contribuinte autuado.

Em relação ao mérito da autuação, foi requerido pelo autuado a realização de revisão fiscal por auditor estranho ao feito, pedido este que fica indeferido, com base no previsto pelo Art. 147, I do RPAF/BA, por considerar que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Por outra banda, foi alegado pelo autuado inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos. Este é um argumento (inconstitucionalidade) que não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo tendo em vista previsão expressa contida no Art. 167, inciso I, do RPAF/BA, entretanto, de acordo com o prescrito pelo Art. 28, IV do RPAF/BA, o Termo de Apreensão se reveste em um instrumento que instrui e fundamenta a autuação, sendo, destarte, o documento que constitui a prova material da infração, juntamente com os documentos citados no mesmo, conforme se verifica nestes autos.

A antecipação parcial do ICMS, decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no art. 12-A da Lei nº 7014/96:

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 seu turno, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS/12, a respeito do momento do recolhimento do imposto determina (redação da época dos fatos geradores):

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;

(...)

§ 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, 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:

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.

Como visto acima, o autuado, sob o ponto de vista legal, reconhecido pelo próprio em sua peça defensiva, está obrigado a recolher o ICMS devido por antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, de suas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Por outro lado, desde que sejam preenchidas as condições regulamentares acima pontuadas, o pagamento poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal.

No caso presente, o autuado por não preencher os referidos ditames regulamentares, posto que se encontrava com Inscrição Estadual na situação de descredenciada no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de "Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa", conforme atesta o documento de fl. 34 e informação constante no Termo de Apreensão, fl. 05, foi exigido, ao meu ver, corretamente o imposto na forma prevista pelo Art. 332, III do RICMS/BA.

Desta maneira, não há que se falar em impedimento de recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente por parte do Fisco Estadual em razão de aplicação de sanção política, posto que, o que ocorreu, foi simplesmente em razão do autuado não preencher as condições regulamentares para tal condição em razão de possuir restrições relacionadas a créditos fiscais inscritos em dívida ativa.

Quanto ao argumento defensivo de caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o

órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de constitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte, não sendo possível, também, atender ao pleito do defendant, para aplicação de multa em percentual que não represente confisco ao seu patrimônio, ante as razões aqui expostas.

Por fim, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao patrono do autuado, no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação, não caracteriza nulidade do ato processual, visto que, as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais atendem ao estabelecido pelo Art. 108 do RPAF/BA.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 154 a 162) por meio da advogada Ione Jaqueline Nascimento Freitas, OAB/BA nº 49.087, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e julgamento da primeira instância, que entende deve ser reformada conforme passou a expor.

NULIDADE – VÍCIO MATERIAL. Suscita a nulidade do auto de infração sob o argumento de que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, ao teor do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Discorre sobre os vícios anuláveis dos lançamentos, que apresentem vícios nos pressupostos (vídeo formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vídeo material), que decorrem da norma jurídica tributária e que na situação presente deste lançamento é puramente material, por decorrer da própria constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, que transcreveu.

MÉRITO. Afirma que a Junta de Julgamento julgou que o lançamento encontra amparo na legislação fiscal e manteve a autuação, que deve ser reformada quanto a exigência do ICMS antecipação parcial, por a inscrição estadual está descredenciada no CAD/ICMS/BA (art. 332, § 2º do RICMS/BA), restringindo o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente à emissão do MDF, exigindo o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Argumenta que o descredenciamento funciona como sanção política para obrigar a promover recolhimento imediato do tributo, em decorrência da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no sistema da SEFAZ/BA, com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria à cobrança dos mesmos e 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.

Discorre sobre os poderes do Fisco na persecução dos objetivos arrecadatórios, custeamento de despesas do Estado, interesse comum, faculdade discricionária que tem limite na Constituição Federal, não podendo configurar abuso de poder e passível de correção pelo Poder Judiciário, como preconiza doutrinadores (RAMOS, 2005, p. 507) e a jurisprudência (REsp 493.811/SP).

Afirma que o Estado pode valer-se de meios indiretos de coerção, impondo sanções menos gravosas que a apreensão de mercadorias para exigir imposto que não encerra a tributação, gerando insegurança jurídica, descredenciamento da inscrição e lavratura do Auto de Infração.

MULTA CONFISCATÓRIA. Quanto ao percentual de 60% da multa aplicada, alega ser desproporcional e com efeito de confisco, o que é vedado pela CF no seu art. 150, IV. Cita texto de doutrinadores sobre o princípio da vedação do confisco, decisão proferida pelo TRF5 (MS2001.83.00.0158724/2002), configurando uma apropriação indireta do patrimônio do contribuinte, afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por ter agido com boa-fé, a exemplo de julgamento pelo Tribunal de Tributos do Estado de São Paulo (RE 57.904/SP).

Finaliza requerendo que seja conhecido e provido o Recurso Voluntário interposto, reformando a decisão recorrida.

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.

No Recurso Voluntário interposto o sujeito passivo reapresentou a quase totalidade dos argumentos da defesa inicial, suscitando a nulidade do lançamento por não apontar as razões que se baseou a autuação, cerceando o seu direito de defesa.

Não procede tal alegação, tendo em vista que o Auto de Infração, Termo de Apreensão, descrição dos DANFE (nºs 249.754, 249.742, 1.258.749 e 1.258.748), 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 materialização da infração pela exigência do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL, antes da entrada da mercadoria no território do Estado em virtude de o contribuinte estar descredenciado, fato reconhecido na impugnação apresentada.

Portanto todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base da lavratura do Auto de Infração, 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 sua nulidade, nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal. Por isso, fica rejeitado o pedido de nulidade formulado.

No mérito, foi alegada inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos. Entretanto o art. 40, § 5º da Lei nº 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 ocorreu, procedimento previsto no art. 28, IV do RPAF/BA, com emissão do Termo de Apreensão nº 2.322.011.076/21-7. Não cabe ao CONSEF se pronunciar sobre a constitucionalidade nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

Conforme relatado pelo próprio impugnante, a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias que apreendeu as consignadas nos DANFEs nºs 249.754, 249.742, 1.258.749 e 1.258.748, indicando no Termo de Ocorrência Fiscal, constatada a irregularidade no Posto Fiscal que 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 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;

Consulta formulada sobre a Inscrição Estadual identificou que o contribuinte se encontrava na situação de descredenciado no CAD-ICMS/BA, “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, informação constante no Termo de Apreensão de nº 2.322.011.076/21-7. (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 as

aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização e o sujeito passivo, não apresentou qualquer questionamento sobre os cálculos do imposto reclamado.

Quanto ao argumento de que a administração tributária não pode valer-se de apreensão de mercadorias para exigir imposto que não encerra a tributação das mercadorias em saídas posteriores, observo que o art. 40, § 6º da Lei nº 7.014/1996 prevê que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação do imposto e “*O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal*”. Logo, estando a mercadoria conduzida em situação irregular, configura a infração e cabível a exigência do imposto e aplicação da penalidade prevista na Lei.

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 CJFs nºs 0376-12/22; 076-11/22; 0385-11/22; 0384-11/22 e 0382-12/22.

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

Ressalto que conforme indicado no demonstrativo de débito de fl. 2, o art. 45 da Lei nº 7.014/96, o valor multa aplicada com porcentual de 60% pode ser reduzido em 70%, se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração; 35%, se for pago antes da inscrição em dívida ativa; 25%, se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário, podendo inclusive ter redução do valor da multa em até 90% se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral. Estas possibilidades, em termos efetivos pode redundar em valor menor do que o porcentual grafado no auto de infração.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, tendo em vista que não há previsão legal para 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.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 300449.0210/21-9, lavrada contra CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 89.543,19 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, 22 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS