

PROCESSO	- A. I. N° 128984.0587/22-8
RECORRENTE	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0005-06/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/01/2024

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0432-12/23-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 PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 6ª JJF sob nº 0005-06/23-VD que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 12/04/2022, 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\$ 94.199,05. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 49/51) a 6ª JJF fundamentou que:

*O auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.*

*Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.*

Demonstrativos de débito juntados às fls. 03/04, Termo de Apreensão às fls. 05/06, documentos fiscais às fls. 07 a 12 e extrato de situação cadastral à fl. 13.

*Rejeitada a preliminar de nulidade.*

*Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de convertê-los em diligência ou revisão, fundamentado no art. 147, I, "a" do RPAF/99.*

*No mérito, o art. 332, III, "b" do RICMS/12 dispõe que o recolhimento do gravame será feito 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 do mesmo artigo, não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS.*

*É incontroverso que o sujeito passivo, quando da ação fiscal, estava descredenciado para realizar o pagamento do imposto por antecipação parcial até o dia 25 do mês subsequente. O autuante acusou e o deficiente admitiu, irresignando-se apenas contra o fato de tal situação configurar sanção política.*

*De acordo com o referido § 2º, apenas o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação parcial até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal.*

*Quanto à multa e aos dispositivos legais que fundamentaram a autuação, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).*

*Com respeito ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido autuado, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.*

*§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.*

*Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.*

*Infração caracterizada.*

*Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 67 a 74) por meio da advogada Pérola Abreu Farias Carvalho, OAB/BA nº 23.785, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e julgamento da primeira instância do CONSEF, 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, conforme disposto no 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 à fl. 70.

**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 estar com inscrição estadual 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, 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 porcentual de 60% da multa aplicada, alega ser desproporcional e com efeito de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal 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 (nº 263.464 e 263.468), 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 4.414.521.246/22-6. 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 através da apreensão das mesmas consignadas no DANFE nºs 263.464 e 263.468, 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 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;*

Conforme consulta formulada sobre a Inscrição Estadual (fl. 14) no momento da abordagem no Posto Fiscal o contribuinte se encontrava na situação de descredenciado no CAD-ICMS/BA, sob o motivo de “Contribuinte com Restrição de Crédito – Dívida Ativa”, informação constante no Termo de Apreensão de nº 4.414.521.246/22-6 (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 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 128984.0587/22-8, 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\$ 94.199,05 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, 04 de dezembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS