

N. F. Nº - 281394.0277/21-6
NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL – IFMT SUL
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 14/03/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0032-06/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA DESCREDENCIADA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Devidamente caracterizado o fato de o sujeito passivo ter efetuado o pagamento de forma regular do imposto exigido, antes da ciência do lançamento tributário, na forma em que se apresenta, não se caracteriza como data de início da ação fiscal. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 27/11/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 6.983,42, acrescido de multa no valor de R\$ 4.190,05, perfazendo um total de R\$ 11.173,47, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração – 01: 54.05.08 - 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.

Enquadramento Legal - Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos (fls. 14/64), através de advogado, alegando inicialmente a tempestividade da impugnação e reproduzindo o conteúdo do lançamento, para em seguida afirmar que o Impugnante jamais deixou de recolher os tributos devidos pela sua atividade e que as penalidades aplicadas infringem os princípios constitucionais da razoabilidade, do não confisco e da capacidade contributiva.

Assevera que o Estado da Bahia, com a edição da Lei nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/96, foi inserida a cobrança da Antecipação Tributária Parcial, cuja natureza nada difere do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Reconhece que se encontrava na condição de descredenciado no momento da ação fiscal, sendo obrigada a efetuar o recolhimento antecipado para cada operação de aquisição interestadual de mercadorias que realizar (fl. 16). (grifos nosso)

Afirma que efetuou todos os pagamentos do ICMS exigidos em 26/11/2021, conforme comprovantes de quitações anexos à Impugnação. Cumprindo, assim, com suas obrigações tributárias, inexistindo motivo justo para o lançamento fiscal de crédito tributário já extinto pelo

pagamento, nos termos do art. 156 do CTN e art. 107-B do COTEB.

Ressalta que é beneficiário de Termo de Acordo, instituído pelo Decreto nº 7.799/2000, em razão da sua atividade comercial atacadista e que lhe foi concedido a redução da base de cálculo em 41,176%. Sendo que o Notificante não aplicou, no lançamento, a redução supramencionada, ensejando em mais uma nulidade na presente autuação fiscal. Pelo que requer a anulação do lançamento e seu arquivamento.

Diz ser ilegal e confiscatória a multa aplicada na ordem de 60%, o que contraria princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade, do não confisco e da capacidade contributiva. Para embasar a alegação, cita o disposto no inciso IV do art. 150 da CF e decisões do Supremo Tribunal Federal, que tratam do assunto. Isto posto, requer a redução da sanção para um percentual máximo de 20%.

Finaliza a peça defensiva, requerendo: 1) preliminarmente, a nulidade de todo o procedimento fiscal e consequente arquivamento, sem imposição de penalidades a empresa, tendo em vista que o crédito está extinto pelo pagamento; 2) no mérito, que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas, em razão da afronta princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco; 3) subsidiariamente, entendendo pela legalidade da multa imposta, que seja esta reduzida no percentual máximo de 20%, conforme jurisprudência do STF, e 4) que todas as publicações e intimações, referentes ao processo sejam realizadas, exclusivamente em nome do advogado BRUNO LADEIRA JUNQUEIRA, OAB/DF 40.301 e na OAB/MG 142.208 e CPF nº 102.087.326-40, e-mail: controladoria@bjunqueira.com, sob pena de nulidade.

Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 6.983,42, acrescido de multa no valor de R\$ 4.190,05, perfazendo um total de R\$ 11.173,47 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da 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 DESCRENCIADO, por ter menos de seis meses de atividade (fl. 01). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelos DANFES de nº 2298 e 2299, emitidos em 24/11/2021 (fls. 06/08).

Em suma, o Impugnante reconhece que se encontrava na condição de descredenciado no momento da ação fiscal, contudo afirma que efetuou o pagamento do ICMS exigido em 26/11/2021, conforme comprovante de quitação anexo à Impugnação.

Ressalta que é beneficiário de Termo de Acordo, instituído pelo Decreto nº 7.799/2000, sendo que o Notificante não aplicou, no lançamento, a redução da base de cálculo em 41,176%, ensejando em mais uma nulidade na presente autuação fiscal. Pelo que requer a anulação do lançamento e seu arquivamento.

Alega ser ilegal e confiscatória a multa aplicada na ordem de 60%, o que contraria princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade, do não confisco e da capacidade contributiva. Pelo que requer a redução da sanção para um percentual máximo de 20%.

Inicialmente, cumpre destacar que a defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando problemas de intempestividade. Entendo que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão

incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao Processo Administrativo Tributário.

Na presente Notificação Fiscal, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal. Pelo que rejeito o pedido de nulidade formulado pelo Notificado.

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo que: 1) Na Impugnação apresentada, o Notificado reconhece que, quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, encontrava-se na condição de DESCREDENCIADO perante o Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, por ter menos de seis meses de atividade, ao afirmar: *“Infere-se, portanto que a Impugnante apenas se encontrava na condição de contribuinte descredenciada no momento da autuação fiscal (27/11/2021) por força do Regulamento do ICMS (art. 332, §2º)”* (fl. 17); 2) O Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama em **26/11/2021** (fls. 04/05). Fato que demarca o início da ação fiscal; 3) A lavratura da Notificação ocorreu em **27/11/2021** (fl. 01) e respectiva ciência em **26/01/2022** (fl. 12), e 4) O Impugnante anexou cópias de Documentos de Arrecadação de nº 2110808288 e 2110808352, referentes ao mês de novembro/2021, cujo código de receita é o 2175 – ICMS Antecipação Parcial, os quais, no campo “Informações Complementares”, descrevem, respectivamente, que as quitações se referem às Notas Fiscais de nº 2298 e 2299, que foram objeto da autuação (fls. 36/37). Registro, também, a existência dos respectivos comprovantes de pagamentos, todos efetivados no dia **26/11/2021** (fl. 38).

Destaco que, em consulta efetivada no portal da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br) consta a informação de que o Manifesto de Documento Fiscal Eletrônico (MDF-e), relativo às aquisições, que foram acobertadas pelas NF-e nº 2298 e 2299, foi emitido em **24/11/2022**, conquanto os recolhimentos efetuados pelo Contribuinte para estas mesmas operações ocorreram em **26/11/2022**. **Noutras palavras, a quitação do imposto foi efetivada em data posterior à emissão do MDF-e.**

Cabe destacar que o Notificado se encontrava na condição de DESCREDENCIADO no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, por ter menos de 06 (seis) meses de atividade, quando da realização da ação fiscal. Portanto, uma vez nesta condição, deveria o mesmo ter quitado o respectivo imposto antes da entrada no território da Bahia, **o que não ocorreu**, descumprindo, assim, o que determina a alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/2012 c/c o §2º do mesmo artigo, a seguir transcritos.

“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 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; (grifos nossos)

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.

(...)"

Note-se, ainda, que o Posto Fiscal Benito Gama, local onde foi desenvolvida a ação fiscal, situa-se cerca de 13 km da Cidade de Vitória da Conquista/BA, ou seja, as mercadorias adquiridas por contribuinte descredenciado, já haviam adentrado no território baiano, **desacompanhadas da comprovação do respectivo pagamento do imposto**, o que proporcionou a lavratura do presente lançamento. Tudo em consonância ao exposto no campo "DESCRIÇÃO DOS FATOS" do Termo de Ocorrência Fiscal: *"O presente lançamento refere-se à antecipação parcial do ICMS das mercadorias/produtos tributados (diversas mercadorias), procedentes de outra unidade da federação (MG), constantes nas NF-e 2299 e 2298, emitidas em 24.11.2021, para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte situado no Estado da Bahia, cuja inscrição estadual encontra-se no cadastro da SEFAZ na condição de DESCRENCIADO. Falta da denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido, antes da entrada no território deste Estado"*.

Isto posto, entendo que não houve espontaneidade no recolhimento efetuado pelo contribuinte, com base no que preconiza o parágrafo único do art. 138 do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito.

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração."

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."(grifos nosso)

Neste momento cabe ressaltar, que o legislador utilizou o termo "qualquer", inexistindo discriminação quanto ao fato do ato praticado ser preparatório ou não, para a efetivação do lançamento.

No que pese a ciência da lavratura (26/01/2022) ter ocorrido após o recolhimento (26/11/2021), a fiscalização já havia sido iniciada, por meio da lavratura do Termo de Ocorrência, tornando exigível imposto, multa e acréscimos legais.

Observo que nas fls. 39/40 consta Parecer Final exarado pela SAT/DIREF/GECON, que credencia o Impugnante a usufruir do benefício fiscal previsto no Decreto nº 7799/2000 até 31/08/2022. Cabendo mencionar que, uma vez beneficiário de Termo de Acordo Atacadista, firmado com o Estado da Bahia, vigente à época da ação fiscal, isto possibilitava reduzir a base de cálculo das operações relatadas no presente lançamento em 41,176%,

Imperioso ressaltar que o Notificante, ao efetuar os cálculos para fins de apurar o imposto devido, **aplicou regularmente a redução de base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista** (fl. 03). Improcedendo, portanto, a alegação defensiva relativa a este ponto.

Consulta realizada no Sistema de Informações do Contribuinte - INC da SEFAZ/BA registra a existência dos pagamentos informados pelo Impugnante na sua defesa, que foram efetuados especificamente para as operações acobertadas pelas NF-e nº 2298 e 2299 no dia 26/11/2021.

Na Sessão Suplementar da 6ª Junta de Julgamento do CONSEF/BA, realizada no dia 25/08/2022, decidiu o colegiado, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência, para que fossem procedidas no SIGAT as seguintes alterações, nos documentos de arrecadação, concernentes às Notas Fiscais eletrônicas supramencionadas: 1) No campo 01, alterar o Código da Receita de 2175 para 1755 e 2) No campo 04 alterar a referência 11/2021 para 281394.0277/21-6.

A diligência foi atendida (fls. 73/76), retornando os autos para o CONSEF em 22/11/2022. Pelo que, recomendo a homologação do montante recolhido.

Em relação às alegações do Impugnante, que tratam da inconstitucionalidade de lei e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de inconstitucionalidade, temas sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Quanto ao pleito que trata do endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, 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.

“Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

(...)

§ 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, cabe registrar que nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Para finalizar, entendo que a infração está devidamente caracterizada, embasada no demonstrativo de débito formulado pelo Notificante (fl. 03); Termo de Ocorrência lavrado no Posto Fiscal (fls. 04/05), cópias de documentos fiscais relativos às operações de aquisição (fls. 06/09) e demais documentos concernentes ao trânsito de mercadorias.

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

VOTO VENCEDOR

Em que pese o posicionamento do ilustre relator, me permito, com a devida vênia, discordar do mesmo, no sentido de que, como trazido pela advogada da empresa, me posicionar no sentido de que a autuação não merece prosperar. E justifico, a partir dos dados e elementos processuais.

Verifico que o Termo de Ocorrência Fiscal 151701127/21-2, lavrado em 26/11/2021, que serviu de base para a constituição do crédito tributário, foi assinado pelo motorista do veículo transportador, Bruno de Araújo Iria, sem, contudo, constar no mesmo a data da ciência do fato, de acordo com as fls. 04, 05 e 10.

Apesar da Notificação Fiscal indicar sua lavratura em 27/11/2021, o sujeito passivo apenas tomou conhecimento de sua lavratura em 26/01/2022, como se constata no Aviso de Recebimento dos Correios de fls. 11 e 12, devendo ser considerada tal data acima indicada como a que, de fato, o contribuinte notificado foi cientificado do lançamento tributário.

Diante de tal fato, não vislumbro outra forma, senão assistir plena razão ao contribuinte, quanto ao argumento defensivo trazido de ter realizado o recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial relacionados aos DANFE listados à fl. 01, apresentados em cópias às fls. 28 a 30, e que foram lançados na notificação, ocorridos estes em 26/11/2021, ou seja, antes da ciência da Notificação Fiscal, de forma correta, de acordo com os documentos de fls. 36 a 38.

Logo, pelo fato de o Termo de Ocorrência de fls. 04 e 05, com data de emissão em 26/11/2021, foi assinado pelo motorista, sem a respectiva data de assinatura, o qual sequer é preposto do sujeito passivo, muito menos seu representante legal, à vista do DAMDFE de fl. 09, enquanto a Notificação Fiscal somente foi dada oficialmente ao conhecimento do autuado em 26/01/2022.

Por tais razões, não pode prevalecer o lançamento ora analisado, diante do fato de que o recolhimento pela empresa do imposto corretamente calculado, levando em conta, inclusive, a redução da base de cálculo de 41,176% referente ao Termo de Acordo Atacadista celebrado ao amparo do Decreto 7.799/2000, na forma do Parecer nº. 5059/2021 (fls. 39 e 40), com vigência a partir do dia 01/08/2021 até 31/08/2022, ocorreu comprovadamente em momento anterior ao da ciência do lançamento.

Assim, diante dos fatos e elementos trazidos em sede de impugnação, tenho como IMPROCEDENTE a presente Notificação Fiscal. No mesmo sentido, posso trazer as seguintes decisões, exaradas nos Acórdãos: JJF 0223-04/22-VD, 0240-04/22-VD e 0245-04/22-VD.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unanime, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **281394.0277/21-6**, lavrado contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR/VOTO VENCIDO

VALTERCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR/VOTO VENCEDOR