

N. F. Nº - 019358.0124/21-1
NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA.
NOTIFICANTE - JOSÉ CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS
ORIGEM - DAT SUL – IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/04/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-06/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTE DESCREDECENCIADO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Alegações defensivas não elidem a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Afastada arguição de nulidade. Comprovada a entrada de mercadorias no território baiano, com fito de comercialização, sem recolhimento do imposto devido pelo regime da Antecipação Tributária Parcial. Infração subsistente. Sujeito Passivo encontrava-se na condição de descredenciado, perante o Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal. Recomendação para que, caso haja a regular comprovação de valores já pagos, concernentes ao presente lançamento, que os mesmos sejam homologados. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 09/09/2021, no Posto Fiscal Eduardo Freire, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 4.860,60, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 2.916,36, perfazendo um total de R\$ 7.776,96, 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 (fls. 15/77), 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, inseriu a cobrança da Antecipação Tributária Parcial, cuja natureza nada difere do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Observa que o lançamento, ora impugnado, foi lavrado em 09/09/2021. Ocorre que em 24/02/2021 o STF analisou o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469, concluindo que os Estados não podem exigir o diferencial de alíquotas do ICMS, até que seja editada Lei Complementar Federal para disciplinar a cobrança.

Afirma que o art. 12-A da Lei Estadual 7.014/1996, bem como a alínea “b” do inciso III do art. 332 do Decreto 13.780/2012 são inconstitucionais, pois ampliam a incidência do recolhimento do DIFAL. A Constituição Federal, no seu inciso VII do §2º do art. 155 prevê o DIFAL quando as mercadorias e serviços destinam-se a consumidor final. Contudo, o Estado exige, também, para contribuinte do imposto.

Alega que a Lei Estadual nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/1996 trouxe normas gerais acerca dos elementos do tributo em questão mediante espécie legislativa diversa da exigida pela Constituição, o que entende violar o Princípio da Legalidade Tributária. Assim sendo é inconstitucional a definição de tributos e suas espécies, seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes mediante Lei Ordinária.

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 processo de constituição do crédito feriu frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa; 2) preliminarmente, que seja indeferido o lançamento, haja vista a ausência de previsão legal válida para a cobrança da antecipação do ICMS DIFAL, considerando que as aquisições são para revenda e não para uso, consumo ou ativo imobilizado; 3) no mérito, que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas, em razão da afronta a princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco; 4) subsidiariamente, entendendo pela legalidade da multa imposta, que seja esta reduzida no percentual máximo de 20%, conforme jurisprudência do STF, e 5) a concessão do prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação de procuração nos termos do art. 104 do CPC; e 6) 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.

Ressalto a presença, nesta sessão de julgamento, da Dra. Lymara Franco Lemos, OAB/GO nº 4.530 e que a mesma afirmou que o recolhimento do imposto, ora exigido, ocorreu em 24/11/2021, bem como que enviaria o respectivo comprovante para a secretaria desta junta, para fins de juntada no presente processo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 4.860,60, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 2.916,36, perfazendo um total de R\$ 7.776,96 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 DESCREDENCIADO, por ter menos de seis meses de atividade (fls. 01 e

08). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelos DANFES de nº 143.008; 143.009 e 143.013, todos emitidos em 31/08/2021 (fls. 04/06).

Em síntese, na Impugnação apresentada, o sujeito passivo alega 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, inseriu a cobrança do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, o que considera inconstitucional. Afirmando que os Estados não podem exigir o diferencial de alíquotas do ICMS, até que seja editada Lei Complementar Federal para disciplinar a cobrança.

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. 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%.

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 indefiro o pedido de nulidade formulado pelo Notificado.

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo que: 1) Conforme consulta realizada nos Sistemas da SEFAZ/BA (fl. 08), quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, o Contribuinte encontrava-se, de fato, na condição de DESCREDENCIADO no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, por ter menos de seis meses de atividade; 2) A lavratura da Notificação ocorreu em **09/09/2021** e respectiva ciência em **18/11/2021** (fl. 81).

Cabe destacar que o Notificado se encontrava DESCREDENCIADO, 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 neste Estado das mercadorias adquiridas, consoante 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 mercadorias 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.

(...)"

Pertinente ressaltar que o Notificado não apresentou prova **nos autos** de que recolheu o imposto exigido, ainda que de forma extemporânea, relativo às aquisições interestaduais que realizou. Assim como, não rechaçou o fato de se encontrar descredenciado.

Note-se que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação efetivada por meio do presente lançamento, nos termos do art. 143 do RPAF-BA/99, *in verbis*.

"Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal."

Ademais há de se considerar a presunção estabelecida no art. 142 do RPAF-BA/99, a seguir transcrito:

"Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária."

Cabendo ressaltar que o disposto no supramencionado art. 142 coaduna com o estabelecido no art. 140 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

"Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas."

Neste momento, cabe registrar que a advogada do Notificado, Dra. Lymara Franco Lemos, asseverou, durante esta sessão de julgamento, que foi efetuado o recolhimento do imposto, ora exigido, em **24/11/2021**, bem como que enviaria posteriormente o respectivo comprovante para a secretaria desta junta, para fins de juntada no presente processo.

Note-se que a lavratura da Notificação Fiscal ocorreu em **09/09/2021** (fl. 01) e respectiva ciência em **18/11/2021** (fl. 81), ou seja, em datas anteriores ao recolhimento, **24/11/2021**, dito efetuado. Isto posto, entendo que não houve espontaneidade no recolhimento realizado 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.

Em relação às alegações do Impugnante, que tratam da inconstitucionalidade de leis 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-BA/99.

Para finalizar, entendo que a infração está devidamente caracterizada, lastreada em demonstrativo de cálculo; consultas cadastrais e de pagamento efetuados pelo Notificado, assim como demais documentos insertos pelo Notificante (fls. 03/10) e não foi apresentado qualquer elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal, recomendando que, caso haja a regular comprovação de valores já pagos, concernentes ao presente lançamento, que os mesmos sejam homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **019358.0124/21-1**, lavrada contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA.**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 4.860,60**, acrescido da multa de 60%, estabelecida no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/05, recomendando que, caso haja a regular comprovação de valores já pagos, concernentes ao presente lançamento, que os mesmos sejam homologados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2023.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR