

N. F. Nº - 298942.0191/23-2
NOTIFICADO - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/07/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0123-02/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte comprova possuir Regime Especial com a aplicação do benefício do art.7º D, para ser responsável pela retenção do ICMS de Substituição tributária nas saídas internas de cosméticos e produtos de perfumaria a serem comercializados pelo sistema de franquia. Nessa situação, conforme o Parecer nº 16357/2014 da DITRI, é dispensado a obrigatoriedade de efetuar o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, quando das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária interna por força de Regime Especial concedido à empresa adquirente. Infração Insubsistente. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 13/02/2023, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 3.836,11, multa de 60% no valor de R\$ 2.301,67, perfazendo um total de R\$ 6.137,78, pela 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.

Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta anexado ao processo: I) Termo de Ocorrência Fiscal nº 2107171003/23-8 (fls. 5/6); II) Cópia dos DANFES 1397350, 1397345, 1397333, 1397334, 1397348 e 1397349 (fls. 9/14; III) cópia da consulta do contribuinte Descredenciado (fl. 7); IV) cópia do Documento de veículo e CNH do motorista (fl. 15).

A Notificada ingressa através de advogados, com defesa tempestiva contendo anexos fls. 19 a 60, onde faz preliminarmente uma síntese dos fatos.

Inicia informando ser a Impugnante uma empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal e que realiza inúmeros negócios jurídicos dentre eles a comercialização de suas mercadorias. Diz que quando do trânsito das mercadorias para este Estado, elas foram apreendidas no Posto Fiscal Benito Gama sob a alegação de 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, sendo imediatamente lavrado a Notificação Fiscal para exigência do ICMS e imputado uma multa previsto na Lei 7014/96,

exigências totalmente insubsistentes que motivou a impugnação, visando o cancelamento da notificação fiscal.

Informa que esta autuação não merece ser acolhida, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo. Alega a fiscalização que, quando do trânsito da mercadoria para este Estado, foi exigido o recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, em razão da inscrição estadual do contribuinte encontrar-se na situação de descredenciado no CAD-ICMS/BA, por não atender os requisitos previstos na legislação tributária em vigor, entretanto, no momento da lavratura da presente notificação fiscal, a Impugnante não possuía pendências que gerassem o seu descredenciamento.

Informou que todos os PAFs lançados contra a contribuinte à época da lavratura da presente notificação fiscal estavam com a sua exigibilidade suspensa, seja em razão de Impugnação ou Recurso Administrativo, seja em razão de liminares concedidas em ações judiciais em sede das quais foi oferecida garantia como antecipação dos efeitos da penhora, de modo que não poderia ter sido promovida a desabilitação da contribuinte do CAD-ICMS/BA, sob o fundamento do descumprimento da previsão regulamentar acima citada.

Destaca que, antes mesmo de encerrado o contencioso administrativo, a contribuinte propõe Ações judiciais, requerendo a averbação da garantia como antecipação dos efeitos da penhora, para fins de evitar restrição à emissão da Certidão Negativa de Tributos Estaduais, bem como cancelamento de benefícios fiscais, descredenciamento, impedimento a trânsito de mercadorias, etc. Em todas as ações propostas foram concedidas as Liminares, com expedição das respectivas notificações para a Procuradoria Geral do Estado - PGE, como forma de promover o cumprimento da determinação judicial. Em cumprimento a estas determinações, a PROIN – regional de Feira de Santana, lança a garantia em seus sistemas, na modalidade de “suspensão” da exigibilidade, com encaminhamento via sistema PGE.NET, de comunicação à Gerência de Crédito – GCRED, da SEFAZ/Ba, para que tomassem conhecimento da decisão judicial, e alterassem o status dos PAFs para “suspensão por Liminar” no SIGAT. Essa alteração do status de crédito, ao que tudo indica, não é promovida pela SEFAZ, em razão do já status de suspensão da exigibilidade dos créditos, em razão do contencioso administrativo que ainda estaria em curso.

Reforça que esta não alteração do status ocasiona o cenário que ensejou a lavratura do presente auto, qual seja: quando do trâmite interno dos autos da SEFAZ para a PGE, face o encerramento do contencioso administrativo, para fins de saneamento e inscrição em dívida, os créditos tributários ficam sem garantia/causa suspensão da exigibilidade, gerando, portanto, erroneamente, o descredenciamento da inscrição estadual da Impugnante. Nesse sentido, há claro descumprimento de ordem judicial, o qual demonstra a nulidade do auto em epígrafe.

Lembra que o vício incorrido na exigência recai sobre a própria constituição do crédito, contaminando irremediavelmente o próprio lançamento, com clara violação do art. 142 do CTN. Caso tivesse sido feito levantamento antecedente, com verificação da validade do descredenciamento da inscrição estadual, a presente notificação fiscal não teria sido lavrada. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte. Por esse motivo, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais.

Enfatiza que a autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte, deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias da defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial. Eventual lançamento constituído sem observar o princípio da verdade material, poderá ser desconsiderado judicialmente, gerando assim prejuízos ao erário, tendo em vista que serão grandes as chances de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais. Conforme na documentação acostada à presente defesa, é possível constatar a impropriedade na lavratura da presente notificação fiscal, motivo pelo qual se faz mister o reconhecimento da nulidade do lançamento.

No mérito, a Impugnante diz que não cabe a cobrança da antecipação parcial por ser celebrante de Termo de Acordo com o Estado da Bahia, aprovado através do Parecer DITRI/GECOT nº 12.995 de 23 de maio de 2013, em sede do qual lhe foi atribuída a qualidade de responsável, como contribuinte substituto, pela retenção recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes de revenda de produtos em território do Estado. Em assim sendo, a contribuinte não pode ser exigida do imposto por antecipação quando do trânsito da mercadoria nos Postos Fiscais, ainda que se encontre desabilitada, isso porque este descredenciamento não guarda relação com o vigente Regime Especial, mas com o CAD-ICMS, sob a perspectiva da previsão do § 2º do art. 332 do RICMS/BA, o descredenciamento está sendo tratado isoladamente gerando a cobrança indevida do pagamento do imposto antes da entrada da mercadoria no território do Estado. Nesse sentido, inclusive, a própria SEFAZ/BA se pronunciou, em sede de Parecer n. 16357/2014, em Resposta ao Processo de Consulta n. 107328/2014-0, no sentido de que a contribuinte consulente está desobrigada de efetuar recolhimento da antecipação parcial do imposto nas entradas interestaduais, em razão da operação interna de revenda, dentro do “Sistema de Franquia O Boticário” estar sujeita à substituição tributária com encerramento de fase, considerando a previsão do art. 12-A, § 1º, da Lei n. 7.014/96.

Diz que, mister se faz o reconhecimento da improcedência do lançamento, em razão da não incidência da antecipação parcial nas operações de entrada de mercadoria neste Estado promovidas pela Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A, independente de eventual status de descredenciamento de sua inscrição estadual no CAD-ICMS.

Questiona também a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto por considerá-la desproporcional e confiscatória. Citando várias teses doutrinárias e decisões judiciais sobre o tema.

Em vista do exposto a empresa autuada protesta pelo acatamento incólume da presente defesa, requerendo lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, com a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, bem como a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, para fim de:

- a) Acolher a preliminar de nulidade da Notificação Fiscal nº 298942.0191/23-2, com cancelamento do lançamento;
- b) Caso não seja acatada a preliminar de nulidade arguida, que, no mérito, seja julgada totalmente improcedente a autuação, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando a multa em percentual confiscatório, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante no RICMS, por ser medida de direito e justiça.

Por fim, requer também que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé destas páginas.

Não contém informação fiscal.

Este é o relatório.

VOTO

O lançamento foi efetuado com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES 1397350, 1397345, 1397333, 1397334, 1397348 e 1397349, como está descrito no corpo da Notificação Fiscal.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Verifico que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito tratam da falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial, na entrada do Estado da Bahia sobre mercadorias destinadas à Contribuinte DESCREDENCIADO. Observo que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recai.

Observo, portanto, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que o Notificado foi garantido a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

A Notificação decorre da aquisição em outra unidade da Federação de mercadorias para comercialização, sem o pagamento da antecipação parcial antes da entrada no Estado da Bahia por contribuinte que não atendia ao estabelecido no inciso IV do § 2º do art. 332 do RICMS-BA/12, para poder usufruir do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária:

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:*

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes.

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS.

A cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, nas transações interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, foi estabelecida pelo art.12-A da Lei 7.014/96:

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.

O Estado da Bahia regulamentou, através do art. 332, inciso III do RICMS/BA, que o ICMS referente a Antecipação Parcial deve ser recolhido antes da entrada das mercadorias, no território deste Estado, estabelecendo algumas condições, para permitir que o Contribuinte regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ e sem nenhuma restrição, recolha o ICMS da Antecipação Parcial no dia 25 do mês seguinte da entrada da mercadoria na empresa. Estas condições estão regulamentadas no RICMS/BA, art. 332, §2º:

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:*

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

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.

Na defesa a Notificada destaca que, antes mesmo de encerrado o contencioso administrativo, a contribuinte propõe Ações judiciais, requerendo a averbação da garantia como antecipação dos efeitos da penhora, para fins de evitar restrição à emissão da Certidão Negativa de Tributos Estaduais, bem como cancelamento de benefícios fiscais, descredenciamento, impedimento a trânsito de mercadorias, etc. Em todas as ações propostas foram concedidas as Liminares, com expedição das respectivas notificações para a Procuradoria Geral do Estado - PGE, como forma de promover o cumprimento da determinação judicial. Em cumprimento a estas determinações, a PROIN – regional de Feira de Santana, lança a garantia em seus sistemas, na modalidade de “suspensão” da exigibilidade, com encaminhamento via sistema PGE.NET, de comunicação à Gerência de Crédito – GCRED, da SEFAZ/BA, para que tomassem conhecimento da decisão judicial, e alterassem o status dos PAFs para “suspensão por Liminar” no SIGAT. Essa alteração do status de crédito, ao que tudo indica, não é promovida pela SEFAZ, em razão do já status de suspensão da exigibilidade dos créditos, em razão do contencioso administrativo que ainda estaria em curso.

Reforça que esta não alteração do status ocasiona o cenário que ensejou a lavratura do presente auto, qual seja: quando do trâmite interno dos autos da SEFAZ para a PGE, face o encerramento do contencioso administrativo, para fins de saneamento e inscrição em dívida, os créditos tributários ficam sem garantia/causa suspensão da exigibilidade, gerando, portanto, erroneamente, o descredenciamento da inscrição estadual da Impugnante. Nesse sentido, há claro descumprimento de ordem judicial, o qual demonstra a nulidade do auto em epígrafe.

Apresentou nos anexos da defesa decisões judiciais de concessão de tutela de urgência para declarar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante a apresentação de Apólice de Seguro Garantia, nos processos n.: 8000703-44.2020.8.05.0237; 8000351-52.2021.8.05.0237; 80001054-80.2021.8.05.0237; 8000468-09.2022.8.05.-237; 80001501-34.2022.8.05.0237; 80001875-50.2022.8.05.0237 e 8000340-52.2023.8.05.0237, todos processos registrados na 1ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais, da Fazenda Pública e Registros Públicos – Comarca de São Gonçalo dos Campos (BA), todas com decisão favorável e assinada pela Juíza de Direito, Dra. Alessandra Santana Soares.

No entanto, em nenhum dos processos judiciais acostado pela Impugnante consta a presente Notificação Fiscal, portanto, nada impede que o presente processo, seja julgado por esta Junta de Julgamento do CONSEF.

No mérito a Impugnante diz que não cabe a cobrança da antecipação parcial por ser celebrante de Termo de Acordo com o Estado da Bahia, aprovado através do Parecer DITRI/GECOT nº 12.995 de 23 de maio de 2013 – Processo n. 043665/2013-5-, em sede do qual lhe foi atribuída a qualidade de responsável, como contribuinte substituto, pela retenção recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes de revenda de produtos em território do Estado. Complementa que nesse sentido, inclusive, a própria SEFAZ/BA se pronunciou, em sede de Parecer n. 16357/2014, em Resposta ao Processo de Consulta n. 107328/2014-0, no sentido de que a contribuinte consulente está desobrigada de efetuar recolhimento da antecipação parcial do imposto nas entradas interestaduais, em razão da operação interna de revenda, dentro do “Sistema de Franquia O Boticário” estar sujeita à substituição tributária com encerramento de fase, considerando a previsão do art. 12-A, § 1º da Lei n. 7.014/96.

Considerando a argumentação da Impugnante de ser beneficiária de Regime Especial que a torna responsável, como contribuinte substituto, nas operações subseqüente de revenda dentro do Estado da Bahia e que isso a desobriga ao recolhimento da antecipação parcial na entrada do estado, em consulta ao INC – Informações do Contribuinte na página de Processos Tributários

verifico que:

- a) No processo SIPRO nº 04366520135, cadastrado em 13/03/2013, através do Parecer 12995/2013, foi concedido Regime Especial. Substituição tributária. Saída internas de cosméticos e produtos de perfumaria a serem comercializados pelo regime de franquia com efeitos até 31 de maio de 2015. Situação: Revogado.
- b) No processo SIPRO nº 10732820140, Tipo: Consulta Tributária. Foi elaborado o Parecer 16357/2014 com a seguinte ementa “*ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR FORÇA DE REGIME ESPECIAL. Dispensa da obrigatoriedade de efetuar o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, quando das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária interna por força de Regime Especial concedido à empresa adquirente*”. Destaco que este Parecer foi respondido quando o Regime Especial do Parecer 12995/2013, ainda estava vigente.
- c) No processo SIPRO 00602820211, cadastrado em 27/01/2021, através do Parecer 681/2021, foi deferido o Regime Especial com a seguinte ementa: “*Prorrogação de termo de Acordo Decreto 7799/00- art. 7º-D – Responsável pela retenção do ICMS nas saídas internas de cosméticos e produtos de perfumaria a serem comercializados pelo sistema de franquia. Com efeitos de 01/02/2021 a 31/12/2023.*”

O artigo 7º - D do Termo de Acordo do Decreto 7799/00 assim estabelece:

Art. 7º-D. Fica admitida, mediante termo de acordo específico com a Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, a adoção do regime de substituição tributária nas operações de saídas internas realizadas por contribuintes com atividade de comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, que comercialize mercadorias de produção própria ou de terceiros exclusivamente pelo sistema de contrato de franquia.

Na análise dos processos tributários que concederam o Regime Especial para a Impugnante, entendo que o Regime Especial em vigor, o benefício estabelecido na artigo 7º-D do Decreto 7.799/00, tem o mesmo efeito do Regime Especial concedido anteriormente, permitir que o Contribuinte seja o responsável solidário, na retenção do ICMS Substituição Tributária nas saídas internas de mercadorias no sistema de franquia.

Dessa forma, o Parecer da lavra da DITRI, em resposta ao Contribuinte, onde informa que é dispensado a obrigatoriedade do recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, quando das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária interna por força de Regime Especial concedida à empresa adquirente, no que eu concordo, também se aplica ao atual Regime Especial em vigor.

Diante do exposto, entendo que não cabe a cobrança do ICMS antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, enquanto estiver em vigor o benefício previsto no art. 7º-D. do citado Regime Especial do Decreto 7.799/00, concedido pela SEFAZ/BA.

Assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **298942.0191/23-2**, lavrada contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 17 de junho de 2024

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR